

# تعليق على حكم محكمة النقض الفلسطينية نقض حقوق رقم 495/ 2015 الصادر بتاريخ 18 فبراير 2019 المتعلق بحالة فصل تعسفي<sup>(\*)</sup>

أ. إبراهيم خالد يحيى

محاضر ومحام

د. نعيم جميل سلامة

أستاذ القانون الخاص المساعد وعميد

كلية القانون، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين

## الملخص

يتناول هذا البحث التعليق على حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله في النقض الحقوقي رقم 2015/495، المتعلق بموضوع الفصل التعسفي في قانون العمل الفلسطيني، والتي ردت الطعن بموجبه في الأسباب من الأول إلى الثالث؛ إذ لم تقرّ توافر الفصل التعسفي في الدعوى سنداً لاعتبارها أن التغيير في طبيعة العمل من الإدارة إلى السكرتارية، لا يعتبر تغييراً بيئياً يصلح حجة لترك العمل تحت مظلة التعسف؛ خاصة أن سبب التغيير هو عدم قدرة العامل على تحقيق شرط السلامة الأمنية. وسنداً لأن هذا التغيير على فرض اعتباره إنهاء للعقد؛ فإن له ما يبرره في سياق المادة (40) من قانون العمل الساري التي تخوّل إنهاء العقد بلا إشعار، بما لا يعد تعسفاً. وفي المقابل؛ قبلت الطعن بشأن السبب الرابع، وحكمت باحتساب الأجور للعامل، كما ردت الطعن بشأن السبب الخامس لعموميته، ولتخلف شرائط الطعن بالنقض فيه.

ورأى الباحثان أن ما ذهبت إليه المحكمة قد جانبه الصواب بخصوص الأسباب من الأول إلى الثالث؛ مُعتبرين أن الفصل تعسفي؛ وأوضحا تفصيلاً معيار التعسف في قانون العمل، وانطباقه على وقائع النزاع، مستنديين إلى أن التغيير الحاصل في العمل، وفق الوقائع، هو تغيير جوهري؛ له شروط مُحددة واضحة لم تتحقق، وأن المادة (40) لم تكن منطبقة، وأن تحقيق شرط السلامة الأمنية لا أساس قانونياً له؛ إذ خلاصاً - في النتيجة - إلى أن المحكمة أخطأت برد الطعن موضوعاً بشأن هذه الأسباب. وخلصاً - في المقابل - إلى أنها أصابت في تسبيب حكمها بشأن السببين الرابع والخامس.

**كلمات دالة:** تغيير العمل، والفصل التعسفي، والتغيب المرصّي، وعقد العمل غير محدد المدة، وإنهاء العمل.

تاريخ قبوله للنشر: 7 يونيو 2022

(\*) تاريخ تقديم التعليق على الحكم: 1 مايو 2022

## المقدمة

نظم المُشَرِّع العمالي الفلسطيني موضوع إنهاء عقد العمل الفردي في نصوص عدة، فقد نصت المادة (40)<sup>(1)</sup> من قانون العمل الفلسطيني<sup>(2)</sup> على حالات إنهاء رب العمل العقد بغير حاجة إلى إشعار العامل؛ إذ تعد هذه الحالات من قبيل الإنهاء المشروع الذي لا يعد تعسفيًا، ونصت المادة (41)<sup>(3)</sup> على حالات إنهاء رب العمل العقد مع ضرورة إشعار العامل ووزارة العمل، بحيث إذا توفرت الشروط؛ فالإنهاء كذلك مشروع غير تعسفي<sup>(4)</sup>.

ثم نصت المادة (42)<sup>(5)</sup> من القانون ذاته على حالات ترك العامل للعمل، والتي تعتبر

(1) جاء في المادة (40) ما يلي: «لصاحب العمل إنهاء عقد العمل من طرف واحد، من دون إشعار، مع حقه في مطالبة العامل بكل الحقوق الأخرى عند ارتكابه أيًا من المخالفات التالية: 1- انتحاله شخصية غير شخصيته، أو تقديمه شهادات أو وثائق مزورة لصاحب العمل. 2- ارتكابه خطأ نتيجة إهمال مؤكد نشأت عنه خسارة جسيمة لصاحب العمل، شريطة أن يبلغ صاحب العمل الجهات المختصة بالحدوث خلال ثمان وأربعين ساعة من وقت علمه بوقوعه. 3- تكراره مخالفة النظام الداخلي للمنشأة المصادق عليه من وزارة العمل، أو التعليمات المكتوبة الخاصة بسلامة العمل وصحة العمال برغم إنذاره بها وفق الأصول. 4- تغيبه من دون عذر مقبول أكثر من سبعة أيام متتالية، أو أكثر من خمسة عشر يومًا متقطعة خلال السنة الواحدة، على أن يكون قد أُنذِر كتابيًا بعد غياب ثلاثة أيام في الحالة الأولى، أو عشرة أيام في الحالة الثانية. 5- عدم وفاء العامل بالالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد العمل برغم إنذاره وفق الأصول. 6- إفشائه الأسرار الخاصة بالعمل التي من شأنها أن تسبب الضرر الجسيم. 7- إدانته بحكم نهائي في جنائية، أو جنحة، مخلة بالشرف أو الأمانة أو الأخلاق العامة. 8- وجوده في أثناء العمل في حالة سكر، أو متأثرًا بما تعاطاه من مادة مخدرة يعاقب عليها القانون. 9- اعتدائه بالضرب أو التحقير على صاحب العمل، أو على من يمثله أو على رئيسه المباشر».

(2) منشور في الوقائع الفلسطينية، ع39، نوفمبر 2001، ص7.

(3) جاء في المادة (41) ما يلي: «يجوز لصاحب العمل إنهاء عقد العمل لأسباب فنية، أو خسارة اقتضت تقليص عدد العمال، مع احتفاظ العامل بحقه في بدل الإشعار، ومكافأة نهاية الخدمة، شريطة إشعار الوزارة بذلك».

(4) أشرف لمح، الرقابة القضائية على الفصل التعسفي، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مركز المنارة للدراسات والأبحاث، المغرب، ع22، سنة 2018، ص15 و ص22. منصور إبراهيم العتوم، الفصل التعسفي في قانون العمل الأردني، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، عمادة الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة عمان الأهلية، الأردن، مج9، ع1، سنة 2020، ص161.

(5) جاء في المادة (42) ما يلي: «1- يجوز للعامل ترك العمل بعد إشعار صاحب العمل، مع احتفاظه بحقوقه القانونية، بما فيها مكافأة نهاية الخدمة، وما يترتب له من حقوق، وذلك في أي من الحالات الآتية: أ- تشغيله في عمل يختلف في نوعه أو درجته اختلافًا بيِّنًا عن العمل الذي اتفق عليه بمقتضى عقد العمل، إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك، ولمدة مؤقتة منعًا لوقوع حادث، أو في حالة القوة القاهرة. ب- تشغيله بصورة تدعو إلى تغيير مكان إقامته. ج- الثبوت بتقرير طبي صادر عن اللجنة الطبية أن استمراره في عمله يشكل خطرًا على حياته. د- اعتداء صاحب العمل، أو من يمثله، على العامل في أثناء العمل، أو بسبه، أو بالضرب، أو التحقير. هـ- عدم وفاء صاحب العمل بالتزاماته تجاه العامل برغم مطالبته بها كتابيًا. 2- استثناء مما ورد في البند (1) أعلاه يحق للعامل إذا استقال من عمله خلال السنوات الخمس الأولى ثلث مكافأة نهاية الخدمة، وثلثا مكافأة نهاية الخدمة إذا كانت الاستقالة خلال السنوات الخمس التالية، ويستحق المكافأة كاملة إذا أمضى عشر سنوات أو أكثر في العمل».

في مضمونها من قبيل الفصل التعسفي من قبل رب العمل؛ إذ يكون ترك العامل العمل، نتيجة ممارسة صاحب العمل الدافعة نحو ترك العمل، مما يدخل في دائرة التعسف<sup>(6)</sup>. وأخيراً؛ عالجت المادة (46)<sup>(7)</sup> من القانون ذاته موضوع إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بصفة عامة، مُقرّةً جواز إنهاء العقد من الطرفين بمقتضى إشعار يُرسل إلى الطرف الآخر، وبشرط ألا يكون هذا الإنهاء تعسفياً. وإذا تحقق التعسف في إنهاء عقد العامل؛ يستحق تعويضاً على ذلك بموجب المادة (47)<sup>(8)</sup> من القانون ذاته.

وقد ناقش الحكم محل التعليق مواضيع التعسف في إنهاء عقد العمل، وتغيير طبيعة العمل وشروطه، إضافة إلى موضوع إنهاء عقد العمل من قبل رب العمل، وفق نص المادة (40) من قانون العمل - السابق ذكرها - وناقش إشكالية إثبات دفع الأجر للعامل، وإشكالية عمومية الطعن في النقض بشأن أحد الأسباب محل الطعن.

وتكمن أهمية التعليق على هذا الحكم في معالجته بداية لمعيار التعسف في إنهاء عقد العمل، في ظل الجدل القانوني، والتوصل إلى إمكان تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق، وكذلك تطرق التعليق إلى إشكالية تغيير طبيعة عمل العامل التي ينبغي أن تطبق نصوصها بدقة، وبما لا يضر مصلحة العامل؛ إذ إن رب العمل يتدرع في كثير من الأحيان؛ بأن تغيير طبيعة العمل له ما يبرره قانوناً؛ مُحتجاً بحالة الضرورة والقوة القاهرة، فكيف الحال إذا كان الحكم محل التعليق قد أيد تغيير طبيعة العمل الذي هو تغيير جوهري، على الرغم من عدم توافر حالة الضرورة، أو القوة القاهرة المنصوص عليها في قانون العمل<sup>(9)</sup>. أضف إلى ذلك؛ سعي التعليق إلى تسليط الضوء على المبررات القانونية والاتفاقية لتغيير طبيعة العمل.

كما تكمن أهمية التعليق في توضيح ضرورة عدم الخلط بين متطلبات الإجازة المرضية من جهة، وإمكان إثبات «التغيب المرضي عن العمل» من جهة أخرى، وذلك بكل

(6) محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، نقض حقوق، رقم 2021/917، صدر بتاريخ 4 أكتوبر 2021، منشور على موقع مقام: <https://maqam.najah.edu>، تاريخ الاطلاع: 2022/5/31. رماء هيثم عبدالرحمن حجة، الرقابة على الفصل التعسفي في ظل أحكام قانون العمل الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2021، ص 67-68.

(7) جاء في المادة (46) ما يلي: «1- يجوز لأي من طرفي عقد العمل غير محدد المدة إنهاؤه بمقتضى إشعار يرسل بعلم الوصول إلى الطرف الآخر قبل شهر من إنهاء العمل. 2- يحق للعامل الذي تلقى إشعاراً من صاحب العمل بإنهاء عقد العمل التغيب عن العمل طيلة النصف الثاني من أجل الإشعار، ويعتبر تغيبه عملاً فعلياً في المنشأة. 3- يعتبر تعسفياً إنهاء عقد العمل من دون وجود أسباب موجبة لذلك.»

(8) «مع احتفاظه بكل حقوقه القانونية الأخرى، يستحق العامل تعويضاً عن فصله تعسفياً مقداره أجر شهرين عن كل سنة قضاها في العمل، على ألا يتجاوز التعويض أجره عن مدة سنتين.»

(9) انظر: نص المادة (32) من قانون العمل الفلسطيني.

طرق الإثبات، من دون حاجة إلى التقرير الطبي.

واعتمد البحث المنهج التحليلي، من خلال تحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية ذات العلاقة؛ لبيان موقف المحكمة في بعض ما ورد في تسببها بالحكم، ولبيان صحته في أسباب أخرى.

### أولاً: وقائع الدعوى

تتمثل الوقائع في إقامة المدعية (الطاعنة) الدعوى المدنية رقم 2009/37 لدى محكمة بداية الخليل ضد المدعى عليها (المطعون ضدها)؛ للمطالبة بتعويضات وحقوق عمالية مقدارها 62198 شيكل للأسباب والوقائع الواردة فيها. وبعد استكمال الإجراءات أمامها أصدرت المحكمة بتاريخ 6 مارس 2014 حكماً تضمن إلزام الجهة المدعى عليها (المطعون ضدها) بأن تدفع للطاعنة مبلغ 44194 شيكل، ورد المطالبة بما زاد على ذلك لعدم الثبوت وتضمن المدعى عليها الرسوم والمصاريف، و 200 دينار أردني أتعاب محاماة.

لم ترض المدعى عليه (المطعون ضدها) بالحكم المذكور؛ فبادرت إلى الطعن به استئنافاً بموجب الاستئناف المدني رقم 2014/127، وفي الوقت ذاته تقدمت المدعية (الطاعنة) باستئناف فرعي سجل تحت رقم 2014/192، وبعد استكمال إجراءات المحاكمة الاستئنافية، وضم الاستئنافين أصدرت المحكمة بتاريخ 4 مارس 2015 الحكم محل الطعن بالنقض المائل، حيث بادرت المدعية (الطاعنة) إلى تقديم هذا الطعن لنقض الحكم الصادر عن محكمة استئناف القدس.

وقد قررت محكمة النقض قبول السبب الرابع من أسباب الطعن موضوعاً والحكم للطاعنة بالأجور المطالب بها في لائحة الدعوى كما ورد بها مبلغ وقدره 15724 شيكل، بدلاً من المبلغ المحكوم به عن هذه المطالبة، وتأييد الحكم المطعون فيه فيما عدا ذلك، وإلزام المطعون ضدها بالرسوم والمصاريف بنسبة المبلغ المحكوم به.

### ثانياً: أسباب الطعن

تمثلت أسباب الطعن بالنقض فيما يلي:

- 1- أخطأت محكمة الاستئناف في تطبيق النصوص المتعلقة بهذه الدعوى، خاصة الفقرة (أ) من المادة (42) من قانون العمل المتعلقة بحظر نقل الموظف من مكان عمله، وتنزيل الدرجة، والفقرة 4 من المادة (40) المتعلقة بالشروط اللازم توافرها لإنهاء الخدمات حتى من دون إشعار، وبالتالي أخطأت محكمة الاستئناف في الحكم بعدم أحقية المدعي في بدل الفصل التعسفي، وبدل

الإشعار، وعدم احتساب الإجازة السنوية واعتبارها إجازة إدارية . كما أخطأت أيضاً في حساب الأجور المتبقية للمدعية وفق اجتهادات وتحليلات خاطئة .

2- أخطأت المحكمة في تطبيق صحيح القانون، عندما قررت أن وقف عمل المدعية عن العمل لا يشكل فصلاً تعسفياً، مع أن هذه الواقعة ثابتة من جهتين، الأولى: أن قرار تعيين السيد (فايز ع. ح) مكان وظيفة المدعية، وتنزيل درجة المدعية (تغيير المسمى الوظيفي لمسمى أدنى)، من مديرة إلى أعمال السكرتارية، بحجة عدم حصول المدعية على شهادة حسن سيرة وسلوك، وهذا في حد ذاته مخالف للقانون، ويشكل فصلاً تعسفياً. الثانية: أن كتاب وقف المدعية عن العمل أمر ثابت بالبيّنة الخطية المبرزة هو دليل كاف على الفصل من العمل، حيث لم يسبقه إشعار، كما أن المدعى عليها خالفت المواد (40) و(41) و(46) من قانون العمل في موضوع إنهاء خدمات المدعية .

3- أخطأت المحكمة باعتبار انقطاع المدعية عن العمل؛ عندما كُسرت رجلها، مدة غياب، كما أخطأت بإسقاطها الفقرة 4 من المادة (40) من القانون على واقعة الانقطاع عن العمل بسبب الإجازة المرضية؛ إذ إن كسر رجل المدعية ثابت بالتقارير الطبية، والفقرة المذكورة تتطلب أن يكون التغيب عن العمل من دون عذر مقبول، إضافة إلى ذلك فإن الجهة المطعون ضدها لم توجه إنذاراً للمدعية، وأضيف إلى ذلك أن المدعية عادت إلى وظيفتها، بعد أن شفي كسر رجلها، وأن وقفها عن العمل كان بتاريخ 20 ديسمبر 2008، أي بعد عشرين يوماً من عودتها إلى العمل .

4- أخطأت المحكمة بتطبيق حساب أجورها المتراكمة، حيث ثبت أن المدعية لم تقبض أجورها وراتبها عن الفترة من 1 مايو 2008 لغاية 31 ديسمبر 2008 مبلغ وقدره 15724 شيكل، حيث أثبتت المدعية عملها خلالها، وبالتالي تستحق أجورها التي تطالب بها، وكان على المحكمة الحكم لها بكل رواتبها عن مدة ثمانية شهور، وبالرجوع إلى ملف الدعوى فلم تتقدم المدعى عليها بأي بيّنة تثبت دفع كامل الرواتب والأجور المتراكمة .

5- تتمسك الطاعنة بجميع ما أورده في لائحة دعواها ومرافعتها الخطية، وفي لائحة الاستئناف الفرعي واللائحة الجوابية على الاستئناف الأصلي كأسباب قانونية في هذا الطعن بالنقض .

بالنتيجة تلتزم الطاعنة بقبول اللائحة شكلاً، ومن ثم قبول الطعن موضوعاً، ونقض

الحكم المطعون فيه، وإصدار الحكم موضوعاً في هذه القضية عملاً بالفقرة الثانية من المادة (237) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية؛ كون الدعوى صالحة للحكم بها، والحكم للمدعية بحقوقها وتعويضاتها العمالية المقدرة بـ 62198 شيكل، وتضمن المطعون ضدها الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

### ثالثاً: تسبيب الحكم

أجابت محكمة النقض على هذه الأسباب بما يلي:

«... وبالعودة إلى أسباب الطعن تلك التي ساققتها الطاعنة في اللائحة، وفيما يتعلق بالأسباب 1 و 2 و 3، وتخطئة المحكمة لعدم الحكم لها ببديل الفصل التعسفي وبديل إشعار، وفي ذلك نجد أن هذه مسألة واقع يخالطه قانون، ولما كان من المستقر عليه، فقهاً واجتهاداً، أن واقعة الفصل من العمل، والتقرير بشأنها هي من إطلاقات محكمة الموضوع بلا معقب عليها في ذلك من محكمة النقض، إذا كان لها أصل ثابت في الأوراق، وجاءت على نحو سائق، وحيث إن ادعاء الطاعنة بأنها فصلت من العمل، ودفاع المطعون ضدها بأنها لم تفصل المدعية تعسفاً، ولم توقفها عن العمل، بل كلفت المدعية بالقيام بأعمال السكرتارية، وأن المدعية كانت كثيرة الغياب بشكل متواصل، ولمدد زمنية طويلة من دون عذر، ما ينقل عبء الإثبات إلى كاهل الجهة المطعون ضدها، إذ إنه من المستقر عليه قضاءً أن عبء إثبات ارتكاب العامل مخالفة من المخالفات المنصوص عليها في المادة (40) من قانون العمل يقع على عاتق رب العمل .

ولما كانت محكمة الاستئناف قضت برد المطالبة ببديل الفصل التعسفي فقد حملته على أن واقعة تغيير المسمى الوظيفي للطاعنة من مديرة المدرسة إلى سكرتيرة لا يشكل فصلاً تعسفياً، وأن هناك سبباً واقعياً حداً بالمطعون ضدها لاتخاذ القرار؛ إذ إن ترخيص المدرسة يتطلب حصول المدير على شهادة حسن سلوك، ولم تتمكن الطاعنة من الحصول عليها؛ ما دفع الجمعية إلى تعيين شخص آخر مديراً للمدرسة.

إضافة إلى أن محكمة الاستئناف قد توصلت، وفق ما قُدم من بيانات في الدعوى، إلى أن الطاعنة قد تغيبت عن العمل، وإن كان سبب ذلك كسر رجلها، فإنها لم تف بمتطلبات الإجازة المرضية المبحوث عنها في قانون العمل، واعتبرت ذلك غياباً عن العمل من دون عذر.

ولما كان تقدير قيام المبرر لفصل الطاعنة - ونعني تعسف المطعون ضدها في استعمال حق الفصل - مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع، وبما أن محكمة الموضوع استخلصت من الأدلة المقدمة في الدعوى أن المطعون ضدها لم تتعسف عند

إنهاء خدمات الطاعنة، واستدلت على ذلك بعدم إحضار الأخيرة تقريراً طبياً من اللجنة الطبية كي تستحق إجازة مرضية مدفوعة الأجر (وهي الجهة الطبية التي يعتمدها وزير الصحة)، وفقاً للتعريف الوارد في المادة الأولى من قانون العمل رقم 7 لسنة 2000، بدلالة المادة (79) منه، فضلاً على أن قرار الهيئة الإدارية للجمعية بالموافقة على تعيينها تضمن تعيينها مديرة لمدرسة طبية، أو وفق مقتضيات العمل، فيكون ما توصلت إليه واقعاً في محله، ونقرر رد هذه الأسباب.

وفيما يتعلق بالسبب الرابع المتصل بتخطئة المحكمة بعدم الحكم للطاعنة بالأجور المستحقة عن الفترة من 1 مايو 2008 لغاية 30 ديسمبر 2008؛ فقد أوجبت المادة (81) من قانون العمل رقم 7 لسنة 2000 على صاحب العمل أن يؤدي للعامل أجره المتفق عليه، متى أدى عمله، أو أعد نفسه وتفرغ للعمل، وإن لم يسند إليه عمل.

ولما كان عبء إثبات دفع الأجور يقع على عاتق رب العمل، فقد كان على المحكمة أن تقضي للطاعنة بالأجور المطالب بها في لائحة الدعوى، مادامت المطعون ضدها لم تقدم ما يثبت تسديدها لها.

ثم إن ما قامت به محكمة الاستئناف بحسم مبلغ 400 دينار أردني من الأجور المطالب بها (المتبقي من القرض الذي حصلت عليه الطاعنة من المطعون ضدها)، وفق ما قضت به محكمة الاستئناف، لا يستند إلى صحيح القانون؛ إذ بالرجوع إلى اللائحة الجوابية المُقدّمة من المطعون ضدها على لائحة الدعوى فقد ذكرت في البند السابع منها أن الطاعنة قد أخذت قرضاً من الجمعية بمبلغ ألف دينار، ولما كان هذا الدفع يقتضي أن تتقدم المطعون ضدها (المدعى عليها) بادعاء متقابل ليصار إلى حسم المبلغ المذكور مما تستحقه المدعية كأجور عن الفترة المطالب بها، بعد استيفاء الرسم القانوني عنه، لا أن يحسم هذا المبلغ من أجور الطاعنة، من دون تقديم ادعاء متقابل، ويغدو هذا السبب وارداً على الحكم المطعون فيه.

وأخيراً، بخصوص السبب الخامس، فإن طلب الطاعنة إحالة محكمة النقض إلى لائحة الدعوى، ومرافعتها الخطية، ولائحة الاستئناف الفرعي، واللائحة الجوابية على الاستئناف الأصلي كأسباب أمام هذه المحكمة، مخالف لأحكام المادة (4/228) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 2 لسنة 2001 وتعديلاته التي نصت على وجوب أن تتضمن لائحة الطعن بالنقض، بيان أسباب الطعن بصورة واضحة ومحدّدة، فضلاً على أن اختصاص محكمة النقض يختلف عن اختصاص محكمة الموضوع؛ ذلك أن الطعن بالنقض هو طريق غير عادي. وعليه، يغدو هذا السبب مستوجباً عدم القبول.

## التعليق على الحكم

ينبغي لتحليل موقف حكم محكمة النقض الموقرة البحث في نصوص قانون العمل النازمة لموضوع النزاع، وذلك في محاور عدة تعالج الحكم محل التعليق، وذلك على النحو الآتي:

### المحور الأول

#### معيار التعسف في إنهاء عقد العمل

تنص المادة (46) من قانون العمل الفلسطيني النافذ على أنه «1- يجوز لأي من طرفي عقد العمل غير محدد المدة إنهاؤه بمقتضى إشعار يرسل بعلم الوصول إلى الطرف الآخر قبل شهر من إنهاء العمل. 2- يحق للعامل الذي تلقى إشعاراً من صاحب العمل بإنهاء عقد العمل التغيب عن العمل طيلة النصف الثاني من أجل الإشعار، ويعتبر تغييره عملاً فعلياً في المنشأة. 3- يعتبر تعسفاً إنهاء عقد العمل دون وجود أسباب موجبة لذلك».

إلا أن الفقرة الثالثة من المادة المذكورة لم تحسم الجدل والاجتهاد بشأن الفصل التعسفي، حيث لا يزال الجدل القانوني قائماً بشأن معيار الفصل التعسفي في قانون العمل الفلسطيني، وذلك على النحو التالي:

### البند الأول

#### الاتجاه الضيق في تفسير المادة (46) من قانون العمل الفلسطيني

يميل الباحثان إلى أن عبارة «الأسباب الموجبة»، الواردة في الفقرة الثالثة من المادة (46)، تعني الحالات التي حددها قانون العمل حصراً، فإن لم يثبت رب العمل توافرها عدّ فصل العامل تعسفاً، وبذلك يصبح رب العمل مقيداً بتمسكه بنص المادة (1/46) بما ورد من الحالات التي نص عليها قانون العمل. ولا يحق له التذرع بأن الفصل لم يكن تعسفاً استناداً إلى القواعد العامة في التعسف، باعتبار أن المعيار المتبع هو مخالفة أحكام قانون العمل<sup>(10)</sup>.

(10) أحمد عبدالكريم أبو شنب، شرح قانون العمل وفقاً لأحدث التعديلات، ط2، دار الثقافة للنشر، عمان - الأردن، 2006، ص293، وكذلك: فاتح حمارشة وهادي مشعل، عقد العمل الفردي: إشكالات في النصوص والتنفيذ، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية (ماس)، 2013، ص30 و31. محمد حسين منصور، قانون العمل في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، بيروت، 1995، ص367 و371. سليمان بدر الناصري، قانون العمل: دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2010، ص142 و143.



وذهب اجتهاد محكمة النقض الفلسطينية، تأكيداً على هذا الاتجاه في أحد أحكامها، إلى القول بأن عدم إثبات رب العمل وجود أسباب موجبة وفق المادتين (40) و(41) من قانون العمل، يجعل الفصل تعسفياً، ولا يعتد بالسبب الذي أفاد به رب العمل المطعون ضده، من أن الفصل وقع بسبب أن المكون الأول استغرق وقتاً أطول من المخطط له؛ بسبب تأخيرات غير ضرورية وغير مبررة؛ باعتبار أن هذا لا يكفي كسبب مبرر للفصل<sup>(11)</sup>.

كما ذهب اجتهاد المحكمة ذاتها في حكم مشابه إلى أنه: «وحيث إن على صاحب العمل أن يثبت سبب إنهاء عقد العمل، وأن يكون ذلك لأحد الأسباب المحددة في المادتين (40) و(41) من قانون العمل، على سبيل الحصر، وإلا كان متعسفاً في فصل العامل، ولما كانت بيئة الطاعن (المدعى عليه) لم تثبت ما ادعاه من تجاوزات ومخالفات نسبتها إلى العامل المطعون ضده، بل جاء في البيئة مناقضة لهذا الادعاء، كما أن إنهاء عقد العمل كان قبل انتهاء المشروع، كما هو ثابت من شهادة مهندس المشروع؛ فإن ما ذهبت إليه محكمة الموضوع، وأيدتها فيه محكمة الاستئناف من أن إنهاء عقد العمل كان فصلاً تعسفياً يكون واقعاً في محله، وموافقاً للقانون»<sup>(12)</sup>، وهو ما انتهجت المحكمة ذاتها في أحكام عديدة<sup>(13)</sup>، ومثله توجه محكمة التمييز الأردنية في العديد من أحكامها أيضاً<sup>(14)</sup>.

(11) حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، نقض حقوق، رقم 55/2008، صدر بتاريخ 10 مارس 2009، منشور على موقع المقتفي على الرابط التالي: <http://muqtafi.birzeit.edu/>، تاريخ الاطلاع: 2022/5/25.

(12) حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، نقض حقوق، رقم 94/2009، صدر بتاريخ 30 سبتمبر 2009.

(13) حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله، نقض حقوق، رقم 617/2013، صدر بتاريخ 15 ديسمبر 2014. وانظر: حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله، نقض حقوق، رقم 575/2011، صدر بتاريخ 14 أكتوبر 2012. كذلك، حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله، نقض حقوق رقم 606/2010، صدر بتاريخ 26 مارس 2012، وجميعها أحكام منشورة على موقع المقتفي على الرابط التالي: <http://muqtafi.birzeit.edu/>، تاريخ الاطلاع: 2022/5/25.

(14) جاء في أحد أحكامها: «المستفاد من نص المادة (28) من قانون العمل رقم 8 لسنة 1996 أن فصل العامل من عمله يكون مقبولاً في أي حالة من الحالات التي عدتها المادة المذكورة، فإذا ما وقع لغير حالة من هذه الحالات التي نص عليها القانون كان الفصل تعسفياً»، تمييز حقوق رقم 3038/2002 (هيئة عامة)، تاريخ 15 أبريل 2003، وانظر: تمييز حقوق رقم 1364/2003، بتاريخ 10 يونيو 2003، وتمييز حقوق رقم 2412/2004، بتاريخ 11 يناير 2005، وتمييز حقوق رقم 3735/2004، بتاريخ 21 فبراير 2005. وانظر: قرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم 825/2004 (هيئة خماسية) بتاريخ 26 يوليو 2004، منشورات مركز عدالة. وقرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم 4170/2004 (هيئة خماسية) بتاريخ 21 فبراير 2005، منشورات مركز عدالة. وقرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم 1193/2001 (هيئة خماسية) بتاريخ 30 يوليو 2001، منشورات مركز عدالة. وقرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم 2311/1999 (هيئة خماسية) بتاريخ 29 فبراير 2000، المنشور على الصفحة 222 من عدد المجلة القضائية رقم 2 بتاريخ 1 يناير 2000، متوافر على موقع عدالة. وقرار محكمة

ومن ثم فوفق هذا الرأي؛ يصبح تطبيق الفقرة الأولى من المادة المذكورة غرضه فقط لفت نظر المتعاقد الآخر إلى موقف المتعاقد الراغب في الإنهاء، وذلك في حالات الفصل التي تتطلب إشعاراً وفق نصوص قانون العمل، سواء كان ذلك مطلوباً من قبل رب العمل أو العامل.

وعليه، وبالنسبة إلى الفصل من قبل رب العمل يغدو تطبيق الفقرة الأولى محصوراً في حالة رغبة رب العمل في إنهاء العقد للأسباب الفنية والاقتصادية الواردة بموجب المادة (41) من قانون العمل<sup>(15)</sup>؛ باعتبار أنها تتطلب الإشعار، وكذلك المادة (42) المتعلقة بترك العمل من قبل العامل، والتي تتطلب إشعار رب العمل كذلك<sup>(16)</sup>، وهو ما ينسجم إذن - وفق هذا الرأي - مع الفقرة الأولى من المادة (46)، مع أنه ليس واضحاً - إذن - حصر تطبيق الفقرة الأولى المذكورة على العقود غير مُحَدَّدة المدة، بالنظر إلى المادة (41)؛ لأن الإشعار المطلوب فيها يوجه رب العمل إلى وزارة العمل وليس إلى العامل، بدليل احتفاظ العامل بحقه في بدل الإشعار. هذا فضلاً على أن المادة (46) عامة تعالج حالة الإنهاء لسبب مشروع<sup>(17)</sup>، ولكن لا تصل درجة الاضطرار والخسارة التي

التمييز الأردنية، حقوق رقم 1497 (هيئة خماسية) بتاريخ 1 سبتمبر 1998 المنشور على الصفحة 83 من عدد المجلة القضائية رقم 9 بتاريخ 1 يناير 1998، متوافر على موقع عدالة. وقرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم 123 / 1970 (هيئة خماسية) بتاريخ 5 مايو 1970 المنشور على الصفحة 459 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1 يناير 1970، متوافر على موقع عدالة.

(15) «يجوز لصاحب العمل إنهاء عقد العمل لأسباب فنية، أو خسارة اقتضت تقليص عدد العمال، مع احتفاظ العامل بحقه في بدل الإشعار، ومكافأة نهاية الخدمة، شريطة إشعار الوزارة بذلك».

(16) تنص المادة (42) من قانون العمل على أنه: «1- يجوز للعامل ترك العمل بعد إشعار صاحب العمل مع احتفاظه بحقوقه القانونية، بما فيها مكافأة نهاية الخدمة وما يترتب له من حقوق، وذلك في أي من الحالات الآتية: أ - تشغيله في عمل يختلف في نوعه أو درجته اختلافاً بيئياً عن العمل الذي اتفق عليه بمقتضى عقد العمل، إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك ولمدة مؤقتة منعاً لوقوع حادث، أو في حال القوة القاهرة. ب - تشغيله بصورة تدعو إلى تغيير مكان إقامته. ج - الثبوت بتقرير طبي صادر عن اللجنة الطبية أن استمراره في عمله يشكل خطراً على حياته. د - اعتداء صاحب العمل أو من يمثله على العامل في أثناء العمل أو بسببه بالضرب أو التحقير. هـ - عدم وفاء صاحب العمل بالتزاماته تجاه العامل، برغم مطالبته بها كتابياً. 2- استثناء مما ورد في البند (1) أعلاه يحق للعامل إذا استقال من عمله - خلال السنوات الخمس الأولى - ثلث مكافأة نهاية الخدمة، وثلثاً مكافأة نهاية الخدمة إذا كانت الاستقالة خلال السنوات الخمس التالية، ويستحق المكافأة كاملة إذا أمضى عشر سنوات أو أكثر في العمل».

(17) تنص المادة (47) على أنه: «1- يجوز لأي من طرفي عقد العمل غير محدد المدة إنهاؤه بمقتضى إشعار يرسل بعلم الوصول إلى الطرف الآخر قبل شهر من إنهاء العمل. 2- يحق للعامل الذي تلقى إشعاراً من صاحب العمل بإنهاء عقد العمل التغيب عن العمل طيلة النصف الثاني من أجل الإشعار، ويعتبر تغيبه عملاً فعلياً في المنشأة. 3- يعتبر تعسفاً إنهاء عقد العمل دون وجود أسباب موجبة لذلك».

أفرد لها المُشَرِّع نصًّا خاصًّا، وهي المادة (41) من قانون العمل<sup>(18)</sup>.

## البند الثاني

### الاتجاه الموسع في تفسير المادة (46) من قانون العمل الفلسطيني

يرى هذا الاتجاه أن «الأسباب الموجبة» لا تتعلق فقط بما سبق ذكره من الأسباب التي نص عليها قانون العمل حصراً، وفق المادتين (40) و(41)؛ لأن هذه الأسباب الأخيرة يحق لرب العمل - بصددها - إنهاء العمل دون إشعار العامل، سواء في العقود مُحدَّدة المدة، أو غير مُحدَّدة المدة، وبالتالي فالمقصود هنا بـ «الأسباب الموجبة»، وهو مصطلح واسع، الاحتكام إلى نظرية التعسف في استعمال الحق وفق القواعد العامة، بمعنى إمكان توافر المبرر المشروع، وعدم التعسف في حالات أخرى، غير المادتين (40) و(41)<sup>(19)</sup>، فلا يجوز أن يكون الفصل غير مبرر وبقصد الإضرار<sup>(20)</sup>، وذلك من خلال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق.

وهذا هو موقف محكمة النقض الفلسطينية في أحد اجتهاداتها، حين قضت بأن قانون العمل لم يتضمن أحكاماً تحدد الأسس التي بمقتضاها يعتبر فصل العامل من عمله تعسفياً، بصدد إنهاء عقود العمل غير مُحدَّدة المدة، وفق المادة (46)، ويمكن في هذا المجال الاسترشاد بنص المادة (2/66) من القانون المدني الأردني التي حددت الحالات التي يكون فيها استعمال الحق غير مشروع، وهي: أ- إذا توافر قصد التعدي. ب- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفصل غير مشروعة. ج- إذا كانت المنفعة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر. د- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة، ويعود تقدير فيما إذا كان الفصل تعسفياً أم لا إلى المحكمة وفق الظروف والملابسات، كما يمكن الاستشهاد

(18) فراس يوسف الكساسبة، مدى انسجام حالات إعفاء صاحب العمل من الإشعار عند إنهائه العقد مع فلسفة الإعفاء من الإشعار: دراسة في ضوء أحكام قانون العمل الأردني، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات، ع45، يناير 2011، ص 318 و319.

(19) حسام توفيق عرفات، شرح قانون العمل الفلسطيني: دراسة مقارنة، ط1، الكلية العصرية الجامعية، رام الله، فلسطين، 2017، ص 367 و368. فريد الجلاذ، شرح أحكام قانون العمل رقم 7 لسنة 2000، د.ن، فلسطين، ص90. عزت عبدالمحسن إبراهيم سلامة، حماية العامل في التمييز بين الفصل التأديبي والإنهاء الباطل التعسفي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مج58، ع2، سنة 2016، ص260. وانظر: أيمن مساعدة، الحماية القانونية للعامل في إنهاء الاستخدام - اتجاه نحو تعديل أحكام إنهاء عقد العمل الفردي في قانون العمل الأردني، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، مج34، ع2، سنة 2007، ص291.

(20) عبدالله فواز حمادنة، سلطة المحكمة في تقدير التعسف عند إنهاء عقد العمل: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان - الأردن، 2011، ص22.

بالقاعدة الفقهية المنصوص عليها في المادة (91) من مجلة الأحكام العدلية، وهي أن الجواز الشرعي ينافي الضمان؛ فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر<sup>(21)</sup>.

وقضاؤها أيضاً بأنه: «ليس بالضرورة أن ينشأ التعسف في كل حالة تحصل فيها مخالفة لأحكام المادتين (16) و(17) من قانون العمل، وإنما تُقدَّر المحكمة ذلك، في ضوء القضية ومقتضيات العدالة»<sup>(22)</sup>، وهو ما ذهب إليه محكمة التمييز الأردنية في بعض أحكامها، حين قضت بأن: «فصل العامل في غير الحالات التي أوردها قانون العمل لا يدل - بمجرده - على أنه فصل تعسفي، بل يجب أن يقدم الدليل على صحة المبرز الذي استند إليه رب العمل في فسخ العقد، وأن يثبت أن الفصل كان تعسفياً»<sup>(23)</sup>.

### البند الثالث

#### نقد الاتجاهين

يعتقد الباحثان أن الرأي الذي قضت به محكمة النقض، بخصوص الاحتكام إلى القواعد العامة في التعسف، وفق ما سلف ذكره، وموقف الفقه الموسع في التفسير، هو رأي ذو وجهة؛ لأن نص المادة (46) ينطق - وإن على مضمض - باستقلاليتها عن حصرية نصوص المواد السابقة الخاصة بحالات إنهاء عقد العمل لأسباب مشروعة، أي المادتين (40) و(41)، ويسعفنا في ذلك فهم مغزى النص؛ فإذا أمعنا النظر في حصر تطبيق النص على العقد غير محدد المدة سندرك أن الغرض هو التخفيف من أبدية العقود غير مُحدَّدة المدة، وليس معنى التخفيف إجازة إنهاء العمل بلا مبرر، بل القصد أن المشرِّع أراد أن يتوسع في أسباب الفصل المشروع بغية إتاحة مجال لرب العمل ليتمسك به خلاف

(21) حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، نقض حقوق، رقم 2004/182، بتاريخ 29 يناير 2005، منشور على موقع المقتفي، تاريخ الاطلاع 2022/5/25.

(22) حكم محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، نقض حقوق، رقم 2004/152، بتاريخ 15 ديسمبر 2004، منشور على موقع المقتفي تاريخ الاطلاع 2022/5/25. تجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض تطرقت في قرارها إلى المادتين (16) و(17) بسبب أن الدعوى المدنية حملت الرقم 99/236؛ ما يعني سريان قانون العمل القديم (الملغى) عليها، ومن ثم ضرورة مناقشة نصوص ذلك القانون، وأياً كان فالمادتان مطابقتان لنصوص المادتين (40) و(41) من قانون العمل النافذ.

(23) قرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم 2001/1833 (هيئة خماسية) بتاريخ 17 سبتمبر 2001، قرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم 2001/965 (هيئة خماسية) بتاريخ 22 أغسطس 2001، قرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم 1999/1774 (هيئة خماسية) بتاريخ 10 فبراير 2000، وجميعها منشورات مركز عدالة.

الحالات المحددة حصراً، وذلك من خلال الاعتماد على نظرية التعسف في استعمال الحق التي تجد أساسها في مجلة الأحكام العدلية، بل إمكان اللجوء إليها فيما يحيل إليه قانون العمل<sup>(24)</sup>، وهو ما قصده الفقرة الثالثة من المادة (46) السابق ذكرها.

وفي المقابل، يسعى المشرع إلى إتاحة الفرصة للعامل للتمسك بالنظرية أيضاً في حالات لا ينطق قانون العمل بأنها من قبيل التعسف، فيتخلص من قيود حصرية نصوص قانون العمل أسوة برب العمل.

وعلى الرغم من تأييد الباحثين للاتجاه الموسع، فإن هذا الاتجاه، وعلى رأسه محكمة النقض الفلسطينية في أحكامها المذكورة، أسس رأيه على نظرية التعسف في استعمال الحق، ولكن بطريقة غير دقيقة، بحيث تمت الاستعانة - في تبرير حكم القواعد العامة لموضوع التعسف - بنظرية التعسف في القانون المدني الأردني غير النافذ في فلسطين، أو بالنظرية العامة الحديثة المتبناة في القوانين.

أما بخصوص القانون المطبق (المجلة)؛ فقد اقتصر الحكم على الإشارة إلى قاعدة «الجواز الشرعي ينافي الضمان» الواردة في المجلة، ورغم عدم صحة الاستدلال بهذه القاعدة، وبرغم احتواء المجلة على أكثر من قاعدة أصولية يمكن الاستناد إليها، والتي تمثل المعنى الحقيقي لنظرية التعسف، ليس كما تبناها القانون الأردني قاصراً، ومثله عدد من القوانين.

إن احتواء المجلة تأصيلاً لعبارة «الأسباب الموجبة» و«التعسف» الواردين في المادة (3/46) من قانون العمل، بمقتضى نظرية التعسف في استعمال الحق يغني عن التأصيل الخارج عن المجلة، وحيث إن محكمة النقض الموقرة، وهذا الجانب الموسع من الفقه لجأوا إلى نظرية التعسف كما هي في قوانين أخرى غير المجلة، أو استدلوها بالمجلة على استحياء شابه القصور، فإن الباحثين يعتقدان أنه في الإمكان التأصيل لنظرية التعسف من ضمن نصوص المجلة ذاتها.

وتفصيلاً لهذا الأمر، فإن استدلال المحكمة الموقرة بقاعدة «الجواز الشرعي ينافي الضمان»<sup>(25)</sup> ليس له محل بصدد الحديث عن تعسف رب العمل؛ إذ بالرجوع إلى شرح القاعدة، وفق المجلة، نجدها تعني أنه لا ضمان عن الضرر الذي ينشأ عن فعل مُجاز

(24) انظر تفصيلاً: اعتبار إنهاء العمل أحد تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق لدى: إبراهيم عبدالرحمن إبراهيم، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته، مجلة العدل، وزارة العدل، الخرطوم، ع22، س9، ص43.

(25) المادة (91) من المجلة.

شرعاً<sup>(26)</sup>، ثم أوردت المجلة أمثلة باستقرائها نستنتج أن القصد باستعمال الحق هنا، هو الاستعمال في نطاق خاص جداً، وبملك شخصي بحت لا تتوافر فيه علاقة قانونية ابتداءً، بل مجرد سلوك مادي منشؤه الحق، أو الملك، في نطاق الحيّز الخاص، ولا ينطبق ذلك على علاقة العمل المبنية على تبادل الالتزامات؛ إذ إن قيام رب العمل بتصرف يرتب أثراً قانونياً، ويؤثر في ذمة شخص آخر؛ لا يتوافر في تفسير القاعدة المذكورة التي لا يتعدى تصرف الشخص فيها إلى ترتيب أثر في حق أحد آخر.

وعودة إلى المجلة؛ نجد أنها لم تخلُ من أرضية لنظرية التعسف التي عرفتتها بعض القوانين العربية بهذا المصطلح الشهير؛ فالمجلة نظمت أركان نظرية التعسف بشكلها «الحديث» ولكن بمصطلحات مختلفة؛ بيد أن النتيجة واحدة والجوهر واحد.

فإذا نظرنا إلى مشروع القانون المدني الفلسطيني الذي تبني نظرية التعسف؛ نجده ينص بموجب المادة (5) على أنه: «1- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير. 2- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة. 3- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. 4- إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً غير مألوف».

وبالنظر إلى مجلة الأحكام العدلية نجد أنها تبنت - في نصوص متفرقة - هذه الأسس، وإن اختلفت في بعض الأحكام، ومن ذلك قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(27)</sup> الذي يقابل - مع الاختلاف - القاعدة الواردة في البند الأول من المادة (5)<sup>(28)</sup>، وكذلك قاعدة

(26) علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول - البيع والإجارة والكفالة، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، طبعة خاصة بموافقة دار الجيل، بيروت، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص92.

(27) المادة (19) من المجلة، ويقصد بقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» عدم جواز الإضرار بالغير في نفسه أو ماله، وورد في شرحها ما يفيد بأن من أحد معانيها أنه لا يجوز أن ينطوي تصرف الشخص، وإن في حقه ضرراً لغيره. انظر: علي حيدر، المرجع السابق، ص92. وورد في أحد معانيها أيضاً عدم جواز إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً. انظر: أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط2، دار القلم، دمشق، د.ت، ص47.

(28) حيث إن الإضرار قد يكون بقصد الفاعل، أو بدون قصد، فهو قد يصدق كمعيار موضوعي بمجرد تحقق الضرر وبمعزل عن نية فاعله، وقد يتضمن معياراً شخصياً يستدل عليه بالمعيار الموضوعي في القاعدة ذاتها. انظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988، ص90، ص266. وعليه تتضمن قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» دمجاً للمعيار الشخصي والموضوعي في آن واحد. انظر هذا المعنى لدى: به مو بروين، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد: دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص94. في حين أن معيار «إذا لم يقصد به سوى الإضرار» وفق مشروع القانون المدني الفلسطيني تشترط القصد، وألا يكون قصد المتعسف إلا الإضرار، أي اشترطت تحمض قصد الإضرار، والمشكلة في إيراد التحمض أنه يؤدي إلى حصر فعل التعسف وفق هذا المعيار باشتراط النية الخالصة للإضرار، فيخرج من التعسف توافر مصلحة - وإن تافهة - على الرغم من توافر نية الإضرار، وهو ما تخلصت منه المجلة - التعدي أو التحمض - بموجب قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» الشمولية.

«الأمر بمقاصدها»<sup>(29)</sup> المقابلة للقاعدة الواردة في البند الثاني، وكذلك قاعدة «درء المفسد أولى من جلب المنافع»<sup>(30)</sup> الذي هو معيار موضوعي<sup>(31)</sup>، المقابلة للقاعدة الواردة في البند الثالث، ثم قاعدة «العادة محكمة»<sup>(32)</sup>، وقاعدة «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»<sup>(33)</sup>، وقاعدة «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»<sup>(34)</sup> التي كلها تقابل القاعدة الواردة في البند الرابع، والتي كلها معايير موضوعية لا تستند إلى شخص المتعسف<sup>(35)</sup>؛ إذ إن الضرر غير المؤلف هو الذي يقدر العرف والعادة أنه غير مألوف.

وبناء عليه، يمكن القول إن المعيار الذي يتبناه الفقه الإسلامي - ومنه المجلة - في التعسف هو «المصلحة»<sup>(36)</sup>، والذي هو معيار مادي موضوعي، ينظر إلى تفاوت المنافع بالنظر إلى نصوص المجلة المختلفة، وهذا المعيار تنطق به سياق نصوص المجلة، برغم توافر قصد الإضرار في بعض الحالات التي لا تقدر في تحقق النظرية وفق هذا المعيار<sup>(37)</sup>.

وخلاصة لما سبق، تحتوي المجلة أركان نظرية التعسف التي يمكن للقضاء الاستناد

(29) المادة (2) من المجلة.

(30) المادة (30) من المجلة، وتقرأ معها المادة (27) «الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف»، والمادة (29) «يختار أهون الشرين». وورد في شرح هذه القاعدة أنه إذا وُجدت مصلحة لشخص، وكانت مباشرة هذه المصلحة ترتب ضرراً أشد، أو مساوياً للمنفعة المتوخاة من الفعل؛ فيقدم دفع المضرة على مباشرة المصلحة. انظر: علي حيدر، مرجع سابق، ص 41 و42.

(31) به مو برويز، مرجع سابق، ص 97.

(32) المادة (36) من المجلة.

(33) المادة (41) من المجلة.

(34) المادة (43) من المجلة.

(35) انظر اعتبار معيار «العرف والعادة» المتبنى في القوانين والمستمد من الفقه الإسلامي معياراً موضوعياً لدى: به مو برويز، مرجع سابق، ص 100.

(36) انظر: تبني هذا المصطلح كغاية ومناطق فكرة التعسف في الفقه الإسلامي لدى: فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 3944، صالح الرند، الإنهاء التعسفي لعقد العمل وفقاً لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة مقارنة بالشريعة الإسلامية، أكاديمية شرطة دبي، 2010، ص 122-128. وانظر كذلك: هذا الرأي الجامع بين المعيار الموضوعي والشخصي، وإن بسمى مختلف، وهو «استعمال الحق في غير ما شرع له» لدى: مجيد محمود أبو حجر، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة: دراسة مقارنة في المفهوم والمعايير ووجه الصلة بينهما، ط 1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2002، ص 50 و51، والذي يراه الباحثان مسمى مشابه لمسمى المصلحة ويؤدى غرضه؛ بدليل ما أورده المرجع المذكور بقوله: «من جهة أنه قصد مناقضة الشارع فيما شرع له من مصلحة...»، ص 51، مع الإشارة إلى أنهم - القائلين بمعيار المصلحة - أوردوا «قصد الإضرار»، ولكن ليس بصيغة الاشتراط والضرورة، بل إمكان توافره.

(37) فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 50، حيث يقول: «على أن استعمال الحق يصبح غير مشروع إذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير، ولو كان من دون قصد...».

إليها في بحث توافر التعسف من عدمه في عقود العمل. وقد بنى الباحثان رأيهما في توافر التعسف في النزاع محل التعليق، سنداً لما تنطق به نظرية التعسف كما سلف بيانه. هذا عدا أن - على فرض الأخذ بالاتجاه الضيق في التعسف - وقائع النزاع تشير إلى عدم التزام رب العمل بشروط إعمال نصوص الإنهاء المشروع؛ الأمر الذي يوقعه في دائرة التعسف.

ومن المهم التنبيه إلى أن سعة تفسير التعسف، بالاستناد إلى نظرية التعسف في استعمال الحق؛ فكما أنه مفيد لرب العمل في الخروج عن حصرية نصوص قانون العمل المضيئة؛ إلا أنه مفيد للعامل في المقابل؛ إذ يمكنه التمسك بتعسف رب العمل سنداً للنظرية حينما تنطبق شروطها في الدعوى، حتى في الحالات التي لا ينطق قانون العمل بأنها حالات تعسف، ومثال ذلك إشكالية ترك العمل بسبب الضغوط الواقعة على العامل من قبل رب العمل، وعدم التزامه بأحكام القانون، وفقاً لما تشير إليه المادة (42) من القانون، وغيرها من الحالات الواقعية التي يمكن للعامل التمسك بشأنها بالنظرية العامة للتعسف. وهذه الحالات والإشكاليات؛ ستناقشها المحاور التالية من هذا التعليق على الحكم.

## المحور الثاني

### عدم رقابة الحكم على شروط التغيير الجوهرية في عقد العمل

يناقش هذا المحور بندين اثنين، على النحو التالي:

#### البند الأول

#### تغيير طبيعة العمل استناداً للنص القانوني

جاء في تسبب محكمة النقض، بشأن حق رب العمل في تغيير طبيعة العمل، أن سبب التغيير من مركز المدير إلى السكرتارية هو أن مركز المدير يحتاج إلى شهادة حسن سلوك، ولم تحصل العاملة على هذا الترخيص (الشهادة).

وتعقيباً على ذلك نقول إن المادة (32) من قانون العمل الفلسطيني نصت على أنه: «لا يجوز تكليف العامل بعمل يختلف اختلافاً بيناً عن طبيعة العمل المتفق عليه في عقد العمل، إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك؛ منعاً إلى وقوع حادث، أو في حالة القوة القاهرة، على أن يكون ذلك بصفة مؤقتة بما لا يتجاوز شهرين».

كما نصت المادة (42) من القانون ذاته على أنه: «1- يجوز للعامل ترك العمل بعد



إشعار صاحب العمل مع احتفاظه بحقوقه القانونية، بما فيها مكافأة نهاية الخدمة، وما يترتب له من حقوق، وذلك في أي من الحالات الآتية : أ- تشغيله في عمل يختلف في نوعه أو درجته، اختلافًا بيّنًا عن العمل الذي أتفق عليه بمقتضى عقد العمل، إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك، ولمدة مؤقتة منعًا لوقوع حادث أو في حالة القوة القاهرة ...».

تقر هاتان المادتان ضمانًا للعامل، متمثلة في عدم جواز تغيير طبيعة عمله المتفق عليه في العقد، إلا في حالتين، هما: الضرورة؛ منعًا لوقوع حادث، أو القوة القاهرة، بشرط ألا تتجاوز مدة تغيير العمل شهرين. وبخلاف ذلك إذا قام صاحب العمل بتغيير المسمى الوظيفي لدرجة أدنى؛ يعد بمنزلة تعسف من صاحب العمل. وإذا ترك العامل العمل نتيجة هذا التغيير؛ فإن هذا يعد بمنزلة فصل تعسفي من رب العمل<sup>(38)</sup>، والأمر ذاته إذا قام صاحب العمل بتخفيض راتب العامل أو أجره، من دون سبب قانوني من رب العمل، يعطي الحق للعامل بترك العمل، كون ذلك التخفيض يعتبر فصلًا تعسفيًا مخالفًا للمادة (47) من قانون العمل<sup>(39)</sup>.

وبملاحظة طبيعة تغيير العمل في الدعوى؛ نجد أنه تغيير بين وجوهري، أي ليس تغييرًا بين مراكز وظيفية متشابهة أو متقاربة، بل هو تغيير من «الإدارة - درجة مديرة»، إلى «السكرتارية». ولا يخفى أن هذا التغيير - وفق سلم التراتبية الإدارية - يعتبر بيّنًا؛ فهو تغيير جوهري من ناحيتين: الدرجة المهنية (الوظيفية)؛ إذ ليست الدرجتان متقاربتين. ومن ناحية الأجر، فأجر السكرتير أقل بوضوح من أجر المدير<sup>(40)</sup>.

وأما فيما يخص مشروعية سبب التغيير، وفق نصوص القانون سالف الذكر، فبخصوص السند الأول المتعلق بعدم حصول العاملة على شهادة حسن سلوك كمتطلب لمركز المدير؛ فالحقيقة أن هذا السبب لا يقوى سببًا مبررًا لمشروعية التغيير، ذلك أن النصوص السابقة واضحة بحصر سبب التغيير في القوة القاهرة، أو الضرورة، منعًا لوقوع حادث.

فأما القوة القاهرة فمن الواضح أنها غير متوافرة؛ إذ القوة القاهرة حدث خارجي عام أو

(38) أحمد نصر، قانون العمل الفلسطيني، ط3، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، د.ت، ص239.

(39) محكمة النقض الفلسطينية المنعقدة في رام الله، نقض حقوق، رقم 2019/11، صدر بتاريخ 2 مارس 2021، منشور على موقع مقام. <https://maqam.najah.edu/>، تاريخ الاطلاع 2022/5/25.

(40) أنور أحمد راشد الفزيع، سلطة رب العمل في تغيير طبيعة العمل المتفق عليه، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج12، ع4، سنة 1988، ص117. زكريا العماري، سلطة المشغل في التعديل الانفرادي لعقد الشغل: دراسة في ضوء العمل القضائي، مجلة القضاء المدني، المغرب، س4، ع7، سنة 2013، ص119-121.

خاص غير ممكن التنبؤ، وغير ممكن الدفع، يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً<sup>(41)</sup>. ولا تنطبق هذه الشروط على مسألة عدم قدرة العاملة على الحصول على شهادة حسن سلوك؛ لأن هذه الواقعة لم تكن خارجية لا دخل لإرادة المتمسك بها في حدوثها، ولم تكن غير متوقعة، وتعتبر من قبيل الإجراءات التنظيمية الداخلية في المنشأة التي لا ترقى لاعتبارها قوة القاهرة<sup>(42)</sup>، بل العكس صحيح؛ فالثابت من الوقائع أن المطعون ضدها كانت قد عيّنت العاملة في منصب المدير، ثم غيرت هذا العمل إلى السكرتارية، ما يعني أنه كان من الممكن التثبيت من شروط المنصب قبل تعيين العاملة فيه، وحينها يكون المتطلب معروفاً؛ ما يعني انتفاء عدم التوقع. مع الإشارة إلى أنه لا يوجد أي حكم بقانون العمل بشأن اشتراط شهادة حسن السلوك من العامل، وبالتالي هذا الاشتراط لا يستند إلى صحيح القانون.

وأما التغيير للضرورة منعاً لوقوع حادث؛ فكذلك غير منطبق؛ فقد أورد المشرع الضرورة ليتمكن رب العمل من التمسك بها في الحالات التي لا يصل فيها الحدث مرتبة القوة القاهرة؛ إذ الضرورة قد تتعلق بحدث غير عام، وممكن التوقع، وممكن الدفع<sup>(43)</sup>. إلا أنه، في جميع الأحوال، يجب أن يكون التغيير في حال الضرورة؛ منعاً لوقوع حادث، أي أن يكون التغيير استباقياً هدفه التحوط لكيلا يقع حادث يؤثر على المنشأة، ولا يظهر في وقائع الدعوى حادث كان التغيير في المنصب منعاً لوقوعه.

كما أنه على فرض قانونية متطلب شهادة حسن السلوك، فإن السؤال القائم: كيف عيّنت العاملة في منصب المدير قبل استيفاء المتطلب، مادام متطلباً جوهرياً تعدت به الجهة المطعون ضدها كمبرر للتغيير؛ لذلك، يبدو هذا الادعاء متناقضاً. أضف إلى ذلك؛ أن نصوص قانون العمل المشار إليها اشترطت أن يكون التغيير مؤقتاً لا يتجاوز شهرين، وحين لا يثبت رب العمل الالتزام بهذا المدة، فإن التغيير ينطوي على تعسف.

## البند الثاني

### تغيير طبيعة العمل استناداً إلى الاتفاق

ورد في تسبيب محكمة النقض؛ أن قرار الهيئة الإدارية للجمعية (رب العمل) بالموافقة على تعيين العاملة؛ تضمن تعيينها مديرة لمدرسة طبية، أو وفق مقتضيات العمل، ما يعني جواز تغيير طبيعة العمل استناداً لقرار الجمعية، بالاتفاق مع العاملة.

(41) انظر شرح القوة القاهرة لدى: عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت، ص876-881.

(42) أنور أحمد راشد الفزيع، مرجع سابق، ص118.

(43) الصغير محمد خضر مهدي، التعديل الانفرادي لعلاقة العمل: دراسة لانفراد صاحب العمل بتعديل عقد العمل بين مقتضيات تنظيم العمل واحترام القوة الملزمة للعقد، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع1، سنة 2016، ص526.

ويقول الباحثان، تعقيباً على ذلك: إن هذا السند لا يقوى سنداً معتبراً؛ لأن قرار الهيئة الإدارية للجمعية يفيد أن التعيين قد يكون في منصب مدير، أو غير ذلك وفق ما يقتضي العمل؛ فالتخير مُنصبٌ على التعيين الأولي للعامة، فمثلاً إذا عُيّن ابتداءً في غير منصب المدير؛ فإن ذلك متفق وقرار الهيئة الإدارية، ولا يحق للعامة الاعتراض. أما حين يصدر قرار التعيين في منصب مدير؛ فإن التعيين قد تم، ولا يجوز بعد ذلك تغيير العمل بحجة عبارة «أو وفق مقتضيات العمل»، وإنما التغيير محكوم بالحالات المنصوص عليها في قانون العمل. حتى إن التغيير الذي يمكن الاتفاق عليه كشرط في العقد، أو في أي اتفاق مع العامل، يجب أن يكون في نطاق التغيير غير الجوهري في العقد<sup>(44)</sup>، مع شرط ألا يكون تغييراً مستنداً إلى عبارات عامة، مثل عبارة: «وفق مقتضيات العمل»، تمنح سلطات واسعة غير مضبوطة بضابط قانوني. أما التغيير الجوهري فليس محلاً للاتفاق على إمكان تغييره بالإرادة المنفردة مطلقاً بلا قيود قانونية؛ لأن هذا التغيير محكوم بتوافر الشروط القانونية، ويعتبر الاتفاق في هذه الحال باطلاً لا أثر له<sup>(45)</sup>.

والقول بغير ذلك معناه إمكان التحايل - بكل سهولة - على نصوص المواد (32) و(42/1/أ)، وذلك بأن يعمد أرباب العمل إلى تضمين عقود العمل هذه العبارات العامة رغبة في إمكان تغيير عمل العامل حينما يرغبون في ذلك، وهو ما لا يجوز قانوناً، لأنه انتقاص من حقوق العامل الأولى بالرعاية، والذي يجدر أن تفسر نصوص العمل بما يحميه؛ باعتباره الطرف الضعيف في غالب عقود العمل، خاصة في ظل المادة (6) من قانون العمل الفلسطيني التي تنص على أنه: «تمثل الأحكام الواردة في هذا القانون الحد الأدنى لحقوق العمال التي لا يجوز التنازل عنها...».

(44) فقد تقرر أنه: «من خلال استعراض البينات المقدمة أعلاه نجد أن المدعي (العامل) قد اتفق مع المدعي عليها (البنك) على الموافقة المسبقة على النقل من فرع إلى آخر، لاسيما أن الشهود أثبتوا أن النقل إلى فرع بيت لحم لم يغيّر الدرجة والراتب للمدعي، وأن رفض قرار النقل من قبل المدعي وعدم عودته إلى العمل أكثر من سبعة أيام متتالية من دون عذر مقبول؛ على الرغم من إخطاره قبل الفصل من العمل بتاريخ 30 أكتوبر 2014 يتفق وأحكام المادة (4/40) من قانون العمل؛ إذ إن رب العامل مارس صلاحيته المنصوص عليها في القانون، ولا يعتبر ذلك فصلاً تعسفياً، ولا يرد القول من المدعي أن رب العمل (البنك) قد قام بإنهاء خدمات المدعي من دون مبرر قانوني؛ إذ إنه خالف أحكام المادة (42) من قانون العمل، لاسيما أن العامل قد وافق مسبقاً على النقل من فرع إلى فرع بموجب عقد العمل المذكور أعلاه، كما لم يتم إشعار صاحب العمل بترك العمل وفق متطلبات المادة (1/42) من قانون العمل، كما لم تتغير الدرجة، ولا قيمة الراتب، ولم يتم تجريده من الصلاحيات الممنوحة له، بل أصبح مسؤولاً عن كل فروع الجنوب». محكمة استئناف رام الله، استئناف حقوق، رقم 1640/2018، صدر بتاريخ 8 يوليو 2019، منشور على موقع مقام <https://maqam.najah.edu>، تاريخ الاطلاع: 2022/5/25.

(45) جعفر المغربي الفناطسة، سلطة صاحب العمل في الانفراد بتعديل عقد العمل غير محدد المدة، مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة مؤتة، الأردن، مج 24، ع 6، سنة 2009، ص 144. وانظر تفصيلاً: الصغير محمد خضر مهدي، مرجع سابق، ص 476-480-498.

## المحور الثالث

### عدم صواب الحكم في تأييد انطباق شروط

#### المادة (40) من قانون العمل

جاء في تسيبب محكمة النقض في تأييدها حكم محكمة الاستئناف أن العاملة لم تستوف متطلبات الإجازة المرضية المنصوص عنها في قانون العمل؛ إذ لم تحضر تقريراً طبياً من اللجنة الطبية كي تستحق إجازة مرضية مدفوعة الأجر؛ فيكون غياب العاملة -في هذه الحال - من دون عذر، ويمكن فصلها استناداً للفقرة 4 من المادة (40) من قانون العمل.

وتعقيباً على ذلك؛ نقول إن المادة (40) من قانون العمل الفلسطيني تنص على أنه: «لصاحب العمل إنهاء عقد العمل من طرف واحد دون إشعار، مع حقه في مُطالبة العامل بكل الحقوق الأخرى عند ارتكابه أيّاً من المخالفات التالية - 4 ... : تغيبه دون عذر مقبول أكثر من سبعة أيام متتالية، أو أكثر من خمسة عشر يوماً متقطعة خلال السنة الواحدة، على أن يكون قد أُنذر كتابياً بعد غياب ثلاثة أيام في الحالة الأولى، أو عشرة أيام في الحالة الثانية».

تتشرط هذه الفقرة أن يكون غياب العامل بلا عذر، كما تشترط أن يتم إندار العامل كتابياً. والملاحظ أن وقائع الدعوى خلت من تحقق هذين الشرطين، فغياب العاملة وفق ما تصرح الجهة المطعون ضدها نفسها كان بسبب كسر في الرجل، ما يعني أنه غياب بعذر.

أما القول بأن عدم تقديم العاملة تقريراً طبياً صادراً عن اللجنة الطبية يجعل الغياب من دون عذر؛ هو في الحقيقة قول غير دقيق، ذلك أن هذا القول يخلط بين شرط الحصول على الإجازة المرضية مدفوعة الأجر التي تنص عليها المادة (79)<sup>(46)</sup> التي نصت بصريح العبارة على «تقرير اللجنة الطبية» من جهة؛ وما نصت عليه الفقرة 4 من المادة (40) من جهة أخرى؛ إذ إن الفقرة الأخيرة اقتصرّت على اشتراط أن يكون عذر التغيب مقبولاً. ولم يوضح المُشرّع ماهية السبب المشروع<sup>(47)</sup>؛ ولذلك نرى أنه يجدر تفسيره تفسيراً موسعاً،

(46) «بناءً على تقرير من اللجنة الطبية يستحق العامل إجازة مرضية مدفوعة الأجر خلال السنة الواحدة مدتها أربعة عشر يوماً، وبنصف الأجر لمدة أربعة عشر يوماً أخرى».

(47) أحمد سليمان زايد وآخرون، حالات فصل العامل من دون إشعار في قانون العمل الأردني: دراسة مقارنة - المفهوم والضوابط، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ع52، سنة 2012، ص220.

وعلى إطلاقه؛ ما يعني أنه في حال المرض محل النقاش؛ يكفي إثباته بكل طرق الإثبات، ولا يجدر تضييق النص وتقويله ما لم يقل، بالحديث عن اشتراط التقرير الطبي.

وعليه؛ إذا كان لازماً الحصول على تقرير طبي لغايات احتساب الإجازة المرضية مدفوعة الأجر، فإن التقرير ليس شرطاً لاعتبار التغيب المرضي عذراً مقبولاً<sup>(48)</sup>. ويجدر تفسير هذه النصوص بدقة؛ وعدم الخلط بينها؛ حماية لمصلحة العامل. ولذلك؛ بما أن المطعون ضدها صرحت بأن غياب العاملة كان بسبب كسر الرجل، فإنه لا يمكن الاحتجاج بأن هذا ليس عذراً مقبولاً.

فعلى سبيل الفرض الجدلي بأن التقرير الطبي لازم لاعتبار التغيب المرضي عذراً مقبولاً؛ فإن الغاية من التقرير هي التأكيد على وجود مرض فعلي يستدعي الغياب ليضمن له رب العمل. وعليه؛ حين يقرُّ رب العمل في الدعوى بأن العامل كان مصاباً بكسر في رجله؛ فإن الغاية من التقرير - على فرض اشتراطه - تكون قد تحققت؛ الأمر الذي ينفي إمكان الادعاء بعدم توافر العذر المقبول للتغيب؛ إذ الإقرار يقوم مقام الكتابة.

وزد على ذلك؛ أن المطعون ضدها لم تُنذر العامل كتابياً، وفق ما تشترط الفقرة 4 المشار إليها كشرط جوهري لإعمال النص<sup>(49)</sup>؛ إذ يتيح التنبيه الكتابي للعامل فرصة مراجعة غيابه عن العمل، والالتزام بالعقد<sup>(50)</sup>.

(48) ونستنتج أن من الدلائل على عدم اشتراط التقرير الطبي في حساب تغيب العامل عن العمل بسبب المرض ما أشارت إليه محكمة استئناف رام الله بالقول «... وهذا، وتشير المحكمة إلى أن هذه المحكمة، وعندما اعتمدت الفترة التي أشار القرار المستأنف إلى أن المدعي تغييرها للعلاج الطبيعي وصولاً إلى حسمها من مدة العمل فإنما اعتمدها استناداً إلى قول الشاهد خليل م. ع. الذي قال: «... محكمة استئناف رام الله، استئناف حقوق، رقم 898/2016، صدر بتاريخ 27 ديسمبر 2016، منشور على موقع مقام /https://maqam.najah.edu/، تاريخ الاطلاع 2022/5/25، إذ نلاحظ أن المحكمة اعتمدت الشهادة كبيئة لحساب أيام التغيب المرضي، ولم تشترط الحصول على تقرير طبي.

(49) فقد تقرر ما يلي: «... إن مجرد تغيب العامل عن العمل، لا يبرر لرب العمل إنهاء عقد العمل دون اتخاذ الخطوات المنصوص عليها بالمادة (4/40) من قانون العمل رقم 7 لسنة 2000، ومادام إنهاء عمل المستأنف عليه لم يكن لإحدى الحالات المنصوص عليها بالمادة (40)، ولم يتم وفقاً لأحكام الفقرة الرابعة من المادة (40) المشار إليها، الأمر الذي يجعله فصلاً تعسفياً...». محكمة استئناف رام الله، استئناف حقوق، رقم 25/2017، صدر بتاريخ 19 نوفمبر 2017، منشور على موقع مقام /https://maqam.najah.edu/، تاريخ الاطلاع 2022/5/25.

(50) أحمد عبدالكريم أبو شنب، مرجع سابق، ص 238.

## المحور الرابع

### صوابية الحكم بشأن إثبات دفع الأجر وشروط الحسم منه

بالنظر إلى معالجة الحكم محل التعليق للسبب الرابع من أسباب الطعن؛ فقد أصاب حين سبب معالجته بأن إثبات دفع الأجر يقع على عاتق رب العمل، فيما أن دفع الأجر هو أهم التزامات رب العمل؛ فهو المكلف بإثبات أداء هذا الالتزام<sup>(51)</sup>، خاصة أن عدم دفع الأجر، أو التأخير في دفعه، مُعاقَب عليه بنص المادة (132) من قانون العمل<sup>(52)</sup>.

كما أن حكم محكمة النقض أصاب صحيح القانون بتخطئته حكم محكمة الاستئناف الذي قضى بحسم مبلغ 400 دينار أردني من الأجور المطالب بها لعل أن المبلغ قرض اقترضه الطاعن العامل من المطعون ضده (رب العمل)؛ فقد أشار حكم محكمة النقض محقاً إلى أنه لأجل حسم مبلغ من المبلغ الذي يُطالب به العامل في لائحة دعواه؛ تتعين إقامة ادعاء متقابل مضمونه حسم هذا المبلغ؛ إذ هذا ادعاء من قبل رب العمل في مواجهة العمل ينبغي أن يدعي به أولاً، ثم يقيم عليه بيئته، ولا يكفي أن يكون مجرد عبارات ترد في أقوال رب العمل، ولا في اللائحة الجوابية، مادام رب العمل لم يطالب بها صراحة بادعاء تدعمه البيئته.

## المحور الخامس

### صوابية الحكم بشأن عمومية سبب الطعن

#### وانتفاء شروط الطعن بالنقض فيه

أخيراً، بخصوص معالجة حكم محكمة النقض للسبب الخامس؛ فقد أصاب الحكم عين الحقيقة؛ حيث إن السبب عمومي، وغير محدد، ولا يمكن المحكمة من الرقابة على مخالفة القانون، أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله، وكذلك ينافي ضرورة أن ينصب

(51) انظر: قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم 166 لسنة 2004، بنظام ساعات العمل والعمل الإضافي، وفقاً لقانون العمل رقم 7 لسنة 2000، منشور على موقع مقام/ <https://maqam.najah.edu>، تاريخ الاطلاع 2022/5/25، حيث جاء في المادة (5) منه: «1- يجب على صاحب العمل أن يحتفظ بسجل خاص للأجور يرصد فيه الأجر الإضافي لكل عامل. 2- يجب على صاحب العمل إصدار قسيمة راتب يسجل فيها الأجور وساعات العمل الإضافية، وكل الاستقطاعات، بحيث يسلم نسخة منها للعامل.»

(52) «يعاقب صاحب العمل على مخالفة أي من أحكام الفصل الثالث من الباب الخامس، وأي نظام صادر بمقتضاه، أو بغرامة لا تقل عن 50 ديناراً، ولا تزيد على 100 دينار، مع إلزامه بدفع فرق الأجر للعامل، وتتعدد الغرامة بتعدد العمال الذين وقعت في شأنهم المخالفة.»

السبب على جدل قانوني، باعتبار أن محكمة النقض محكمة قانون؛ فالتمسك بجميع اللوائح والمذكرات المقدّمة في الدعوى، بما تحويه من مسائل موضوعية، يتعارض مع ضرورة التمسك فقط بالأسباب القانونية عند الطعن لدى محكمة النقض<sup>(53)</sup>.

---

(53) عثمان التكروري، الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 3 لسنة 2001 معدلاً بالقرار بقانون رقم 16 لسنة 2014، ط4، المكتبة الأكاديمية، الخليل، فلسطين، 2019، ص 471 و 472.

## الخاتمة

استعرض هذا البحث دراسة تحليلية مستفيضة لحكم محكمة النقض الفلسطينية محل البحث، وبين وقائع الدعوى وأسبابها والتسبب الذي اتبعته محكمة النقض، كما تناول التعليق القانوني من قبل الباحثين على التسبب الذي قالت به المحكمة؛ مستنديين في ذلك إلى أحكام قانون العمل الفلسطيني الساري، والاجتهادات القضائية الفلسطينية.

وبعد التحليل القانوني لحكم محكمة النقض محل البحث، وخلاصة لما سبق؛ خلص البحث إلى النتائج والتوصيات الآتية:

### أولاً: النتائج

1- جَانَبَ حكم محكمة النقض الصواب في معالجته أسباب الطعن من الأول إلى الثالث، وكان حرياً أن يقبل أسباب الطعن هذه، ويقضي للطاعنة (العاملة) ببديل الفصل التعسفي وبديل الإشعار، باعتبار أن تغيير طبيعة العمل في غير الحالات المحددة قانوناً إنما يدخل في نطاق التعسف. وأما بخصوص معالجة الحكم للسببين الرابع والخامس؛ فقد كان صائباً متفقاً والقانون. وعليه؛ فالأدق -وفق ما يبدو - أن الأسباب من الأول إلى الرابع واردة على الحكم الطعين، وكان حرياً قبولها.

2- يخلو قانون العمل الساري، والتشريعات النافذة في فلسطين، من معايير واضحة ومحددة للفصل التعسفي، وإنما يترك تقديرها للاجتهاد القضائي، والذي قد يفسرها على نطاق واسع أو ضيق؛ الأمر الذي قد لا يحقق التوازن والعدالة بين طرفي الإنتاج نتيجة إشكاليات النصوص القانونية ذات العلاقة.

3- على الرغم من خلو قانون العمل الساري من معيار واضح للتعسف؛ فإننا نرى إمكان تطبيق القواعد الكلية الواردة في مجلة الأحكام العدلية على النحو المفصل في التعليق، بصفتها تشكل نظرية للتعسف يمكن للقضاء الاسترشاد بها.

### ثانياً: التوصيات

1- نوصي المحاكم الفلسطينية بأهمية تحقيق الانسجام في الأحكام القضائية بين مختلف الدرجات القضائية، خاصة في قضايا العمل والفصل التعسفي؛ لأنها تمس شريحة كبيرة من العمال وأصحاب العمل.

2- كما نوصي المشرع بأهمية مراجعة قانون العمل بما يضمن تحقيق التوازن بين طرفي الإنتاج، وتحديد معايير أكثر وضوحاً للفصل التعسفي بنصوص واضحة؛ بحيث تتبنى نظرية التعسف في استعمال الحق.



## قائمة المراجع

### أولاً: الكتب

- أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط2، دار القلم، دمشق، د. ت.
- أحمد نصره، قانون العمل الفلسطيني، ط3، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، د. ت.
- أحمد عبدالكريم أبو شنب، شرح قانون العمل وفقاً لأحدث التعديلات، ط2، دار الثقافة للنشر، عمان - الأردن، 2006.
- به مو برويز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد: دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- حسام توفيق عرفات، شرح قانون العمل الفلسطيني: دراسة مقارنة، ط1، الكلية العصرية الجامعية، رام الله، فلسطين، 2017.
- مجيد محمود أبو حجير، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة: دراسة مقارنة في المفهوم والمعايير ووجه الصلة بينهما، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر، عمان - الأردن، 2002.
- محمد حسين منصور، قانون العمل في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، بيروت، 1995.
- سليمان بدر الناصري، قانون العمل: دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2010.
- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ت.
- علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مج1 (البيع والإجارة والكفالة)، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، طبعة خاصة بموافقة دار الجليل، بيروت، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
- عثمان التكروري، الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم 3 لسنة 2001 معدلاً بالقرار بقانون رقم 16 لسنة 2014، ط4، المكتبة الأكاديمية، الخليل، فلسطين، 2019.

- فاتح حمارشة وهادي مشعل، عقد العمل الفردي: إشكالات في النصوص والتنفيذ، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية (ماس)، 2013.
- فريد الجلال، شرح أحكام قانون العمل رقم 7 لسنة 2000، د. ن، فلسطين، د. ت.
- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988.
- صالح الرند، الإنهاء التعسفي لعقد العمل وفقاً لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة مقارنة بالشريعة الإسلامية، أكاديمية شرطة دبي، 2010.

### ثانياً: الرسائل الجامعية

- عبدالله فواز حمادنة، سلطة المحكمة في تقدير التعسف عند إنهاء عقد العمل: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان - الأردن، 2011.
- رماء هيثم عبدالرحمن حجة، الرقابة على الفصل التعسفي في ظل أحكام قانون العمل الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2021.

### ثالثاً: الأبحاث المنشورة

- إبراهيم عبدالرحمن إبراهيم، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته، مجلة العدل، وزارة العدل، الخرطوم، ع22، س9.
- أحمد سليمان زايد وآخرون، حالات فصل العامل دون إشعار في قانون العمل الأردني: دراسة مقارنة - المفهوم والضوابط، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ع52، سنة 2012.
- أيمن مساعدة، الحماية القانونية للعامل في إنهاء الاستخدام - اتجاه نحو تعديل أحكام إنهاء عقد العمل الفردي في قانون العمل الأردني، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، مج34، ع2، سنة 2007.
- أنور أحمد راشد الفزيع، سلطة رب العمل في تغيير طبيعة العمل المتفق عليه، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مج12، ع4، سنة 1988.
- أشرف ملحم، الرقابة القضائية على الفصل التعسفي، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، المغرب، ع22، سنة 2018.

- جعفر المغربي الفناطسة، سلطة صاحب العمل في الانفراد بتعديل عقد العمل غير محدد المدة، مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة مؤتة، الأردن، مج24، ع6، سنة 2009.
- زكريا العماري، سلطة المشغل في التعديل الانفرادي لعقد الشغل: دراسة في ضوء العمل القضائي، مجلة القضاء المدني، المغرب، س4، ع7، سنة 2013.
- منصور إبراهيم العتوم، الفصل التعسفي في قانون العمل الأردني، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، عمادة الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة عمان الأهلية، الأردن، مج9، ع1، سنة 2002.
- عزت عبدالمحسن إبراهيم سلامة، حماية العامل في التمييز بين الفصل التأديبي والإنهاء الباطل التعسفي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، مج58، ع2، سنة 2016.
- فراس يوسف الكساسبة، مدى انسجام حالات إعفاء صاحب العمل من الإشعار عند إنهائه العقد مع فلسفة الإعفاء من الإشعار: دراسة في ضوء أحكام قانون العمل الأردني، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات، ع45، يناير 2011.
- الصغير محمد خضر مهدي، التعديل الانفرادي لعلاقة العمل: دراسة لانفراد صاحب العمل بتعديل عقد العمل بين مقتضيات تنظيم العمل واحترام القوة الملزمة للعقد، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع1، سنة 2016.

## المحتوى

الصفحة	الموضوع
405	الملخص
406	المقدمة
408	أولاً- وقائع الدعوى
408	ثانياً- أسباب الطعن
410	ثالثاً- تسبيب الحكم
412	التعليق على الحكم
412	<b>المحور الأول: معيار التعسف في إنهاء عقد العمل</b>
412	البند الأول: الاتجاه الضيق في تفسير المادة (46) من قانون العمل الفلسطيني
415	البند الثاني: الاتجاه الموسع في تفسير المادة (46) من قانون العمل الفلسطيني
416	البند الثالث: نقد الاتجاهين
420	<b>المحور الثاني: عدم رقابة الحكم على شروط التغيير الجوهرية في عقد العمل</b>
420	البند الأول: تغيير طبيعة العمل سنداً للنص القانوني
422	البند الثاني: تغيير طبيعة العمل سنداً إلى الاتفاق
424	<b>المحور الثالث: عدم صواب الحكم في تأييد انطباق شروط المادة (40) من قانون العمل</b>
426	<b>المحور الرابع: صوابية الحكم بشأن إثبات دفع الأجر وشروط الحسم منه</b>
426	<b>المحور الخامس: صوابية الحكم بشأن عمومية سبب الطعن وانتفاء شروط الطعن بالنقض فيه</b>
428	الخاتمة
429	قائمة المراجع