**قرار تعقيبي مدني عدد 16271**
**مؤرخ في 19 جانفي 2008**
**صدر برئاسة السيدة حميدة العريف**

**المـــادة :** إجتماعي.

**المراجـــع :** الفصول 6، 134-2، و134-3 من مجلة الشغل.

**المفاتيح :** علاقة شغلية، تبعية، تنفيذ العمل، أجر، مؤجّر حقيقي، مؤتمن عدلي.

**المبـــدأ :**

***يُشترط لقيام العلاقة الشغلية توفر عنصر التبعية ويعني بذلك الإدارة والإشراف المباشر من المؤجر على الأجير فيما يتعلق بنوعية خدماته وسلطته في الرقابة على كيفية تنفيذ العمل مع وجوب إحترام الأجير للتوقيت الذي يضبطه المؤجّر مقابل أجر.**

***إن صفة الممثل القانوني تنسحب على المؤجر الحقيقي أو المؤتمن العدلي الواقع تسميته.**

**أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :**

بعد الإطلاع على المطلب المقدم إلى كتابة المحكمة في 6 جوان 2007 من طرف الأستاذ " ---------- " المحامي بتونس.

**في حق :** حمام "ع ج" في شخص ممثله القانوني.

**ضـــــد :** رضا ينوبه الأستاذ " ---------- ".

طعنا في الحكم الإستئنافي الشغلي عدد 41903 الصادر في 2007/4/21 عن محكمة الإستئناف بتونس والقاضي بقبول الإستئنافين الأصلي والعرضي شكلا وفي الأصل بنقض الحكم الإبتدائي والقضاء مجددا بإلزام المستأنف ضده في ش.م.ق بأن يؤدي للمستأنف المبالغ الآتية :

**1)** 726,923د لقاء منحة الراحة السنوية الخالصة للمدة المطلوبة.

**2)** 200,000د لقاء منحة لباس الشغل للمدة المطلوبة.

**3)** 225,000د عن منحة الإعلام بالطرد.

**4)** 675,000د لقاء منحة مكافأة نهاية الخدمة.

**5)** 8100,000د لقاء غرامة الطرد التعسفي.

**6)** 300,000د لقاء أجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليه.

وبعد الإطلاع على مستندات التعقيب وعلى جميع الإجراءات وعلى الوثائق التي أوجب الفصل 185 جديد من مجلة المرافعات المدنية والتجارية تقديمها.

وبعد الإطلاع على تقرير الرد المقدم خارج الأجل القانوني من طرف الأستاذ حفصة.

وبعد الإطلاع على ملحوظات النيابة العمومية والإستماع لشرح ممثلها بالجلسة.

وبعد الإطلاع على أوراق الملف والمداولة طبق القانون صرّح بما يلي :

**من حيث الشكل :**

حيث إستوفى مطلب التعقيب جميع شروطه وصيغه القانونية ولذلك فهو حريّ بالقبول شكلا.

**من حيث الأصـــل :**

حيث تفيد وقائع القضية كما يثبته الحكم المطعون فيه والوثائق التي إنبنى عليها قيام المعقب ضده لدى دائرة الشغل بتونس عارضا أنه أنتدب للعمل مع المعقبة منذ شهر جانفي 1989 بصفة طياب وبتاريخ 2004/7/14 وقع طرده من العمل بدون مبرر وطلب الحكم لفائدته بالمنح والغرامات المستوجبة طبق قانون الشغل.

وبعد إتمام الإجراءات أصدرت الدائرة المذكورة حكما إبتدائيا بعدم سماع الدعوى لعدم توفر علاقة شغلية بين الطرفين باعتبار عدم خضوع المدعي بصفته طيابا لتعليمات صاحب الحمام وعدم تقاضيه أجرة من صاحب المحل وإنما من الحرفاء وهو ما يتأكد من الأمر عدد 3018 المؤرخ في 2002/11/19 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي للعملة غير الأجراء في القطاعين الفلاحي وغير الفلاحي والذي اعتبر الطياب من ضمن العملة غير الأجراء.

فاستأنفه الأجير وبعد إتمام الإجراءات أصدرت محكمة الإستئناف بتونس حكمها السالف تضمين نصه معتبرة أن الأجير الطاعن يعمل تحت رقابة صاحب الحمام ويتقاضى أجرة حسب مردوده وعدد الزبائن الذين كلف بهم من طرف صاحب الحمام.

فتعقبته الطاعنة بواسطة محاميها ناسبة له ما يلي :

**المطعـن الأول : في خرق القانون**

**1) خرق الفصول 130-134 و19 م.م.م.ت و221 من م.ش :**

بمقولة أن المدعي في الأصل رفع دعواه ضد حمام "ع ج" والحال أنه كان صدر قرار إستئنافي قبل ذلك تحت عدد 12793 بتاريخ 2004/8/23 يقضي بتسمية المؤتمن العدلي عياض اللومي كمصفي على التركة وأن القيام رأسا على منوبه دون إستدعاء المؤتمن أو إدخاله في القضية يعد أجراء باطلا وأن الإستئناف كان مختلا.

**2) خرق الفصل 6 من م.ش :**

بمقولة أن عقد الشغل يفترض توفر عنصر التبعية وأن يتسلم العامل أجرة من مؤجره والحال أن عنصر التبعية غير متوفر في قضية الحال بما أن المدعي يسدي خدماته لفائدة الحرفاء بالحمام ويتقاضى أجره منهم مباشرة وهذه الأجرة قابلة للزيادة والنقصان حسب عدد الحرفاء ولا دخل لصاحب الحمام فيها وتمسك بأن أركان الفصل 6 من م.ش غير متوفرة في قضية الحال.

**3) خرق الأمر عدد 3018 لسنة 2002 الصادر في 2002/11/19 :**

بمقولة أن الطياب يعتبر عاملا مستقلا وليس أجيرا حسب الأمر عدد 3018 المذكور وصدرت مذكرة عن الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي بتاريخ 2003/2/26 تحت عدد 12/2003 لإشعار الطيابة بوجوب الإنخراط مضيفا أن منوبه قام إثر صدور الأمر المذكور بتوجيه تنبيه لكافة العملة بمن فيهم المعقب ضده لمطالبتهم بالإذعان للأمر عدد 3018 حسب المحضر عدد 7772 المحرر في 2003/11/10 بواسطة عدل التنفيذ محمد علي بوعزيز وبلغهم التنبيه إلا أن محكمة القرار المنتقد لم ترد عن هذا الدفع.

**4) خرق الأمر العليّ الصادر في 1883/1/27 :**

الذي نص على أن القوانين والأوامر الصادرة تصبح نافذة المفعول بمجرد نشرها بالرائد الرسمي وأن الحكم المنتقد يكون قد خرق القانون بما أنه لم يأخذ بعين الاعتبار مقتضيات الأمر عدد 3018 رغم صدوره بالرائد الرسمي وهو الذي صنف الطيابة ضمن العملة غير الأجراء.

**5) خرق الفصلين 442 و443 من م.إ.ع :**

بمقولة أن محكمة القرار المنتقد لم تأخذ بعين الإعتبار الحكمين المدلى بهما من منوبه والمتمثلين في حكم عرفي وحكم توظيف إجباري إعتبارا وأن الطياب عاملا مستقلا وغير أجير.

**6) خرق الفصل 134 ثانيا وثالثا من م.ش :**

بمقولة أن الأجر هو ما يتقاضاه العامل من المؤجر مباشرة حسب المردود ونوعية الإنتاج وقد طبقت محكمة القرار المنتقد أحكام الفصل 134-3 من م.ش والحال أنها أقرت أن المعقب ضده لا يتسلم أجرته من صاحب الحمام بل من الحريف.

**7) خرق الفصلين 420 م.إ.ع و14 خامسا من م.ش :**

بمقولة أن محكمة القرار المنتقد لم تبحث في حصول الطرد من عدمه رغم إدلاء صاحب العمل بتنبيه محرر في 2004/7/6 لمطالبة العملة باستئناف عملهم كإدلائه بما يفيد أن المدعي في الأصل وزملائه تصدوا لبقية العملة لمنعهم من العمل.

**8) خرق الفصل 14 رابعا من م.ش :**

بمقولة أنه وعلى فرض اعتبار أن الرابطة بين الطرفين تمثل علاقة شغلية فقد ثبت أن المعقب ضده تصدى لدخول الحرفاء للحمام وهو ما يمثل إضرابا غير شرعي ويشكل هفوة فادحة كما ثبت أن المعقب ضده منع بقية الطيابة من الدخول للحمام وتغيب بمعية بقية زملائه عن العمل يوم 2004/7/14 حسب محضر المعاينة المضاف.

**9) خرق الفصل23 من م.ش :**

بمقولة أن محكمة القرار لم تراع المعايير المضمنة بالفصل 23 مكرر من م.ش وقضت بنفس التعويضات لكافة العملة والحال أن أقدميتهم تختلف إذ أن المدعي في قضية الحال يعمل منذ 1993 في حين أن زميله سمير (قضية إستئنافية عدد 42876) يعمل منذ 1990.

**المطعـن الثاني : في ضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع وتحريف الوقائع**

بمقولة أن محكمة القرار المنتقد بتت في القضية دون الرد على طلبات منوبه وقد تضمن القرار المنتقد أجزاء متناقضة إذ اعتبرت المحكمة أن المعقب ضده لا يتقاضى أجرا ثم ورد بآخر الحكم المطعون فيه أنه يتقاضى أجرة تحدد حسب المردود وطلب النقض بدون إحالة.

وحيث رد نائب المعقب ضده صلب تقريره الوارد على كتابة المحكمة بتاريخ 2007/1/15 خارج الأجل المبين بالفصل 186 من م.م.م.ت باعتبار أن محضر مستندات التعقيب تم تبليغه بتاريخ 2007/6/12.

## المحكمـــة

*** عن الفرع الأول من المطعن الأول :**

حيث اقتضت أحكام الفصل 19 من م.م.م.ت أن "حق القيام لدى المحاكم يكون لكل شخص له صفة وأهلية تخولانه حق القيام بطلب ما له من حق ويجب أن تكون للقائم مصلحة في القيام".

وحيث تبين من أوراق القضية أنه تم القيام في جميع أطوار القضية ضد حمام "ع ج" في شخص ممثله القانوني.

وحيث أن صفة الممثل القانوني تنسحب على المؤجر الحقيقي أو المؤتمن العدلي الواقع تسميته كما هو في قضية الحال بمقتضى القرار الإستئنافي الإستعجالي الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس بتاريخ 2004/8/23 تحت عدد 12793.

وحيث دفع المؤجر بكونه لم يقع القيام ضد المؤتمن العدلي والحال أن القيام بالدعوى تم بتاريخ 2004/7/19 وكان سابقا لتسمية المؤتمن العدلي ولم يطلب المؤجر إدخاله في القضية باعتبار أنه ليس له مصلحة حقيقية في ذلك طالما أن موضوع القضية تبناه المؤجر الحقيقي لا سيما وأن الإشكال القانوني يتعلق بقيام العلاقة الشغلية من عدمه وأن الحكم الذي ستقضي به المحكمة لا يغير في شيء من آثاره باعتبار أن صفة الممثل القانوني في قضية الحال يمكن أن تشمل المؤتمن العدلي.

وحيث يخلص مما تقدم أن محكمة الحكم المنتقد لما نحت هذا المنحى يكون حكمها قائما من الناحية الشكلية واتجه رد هذا المطعن.

*** عن الفروع 2-3-4-5 و 6 من المطعن الأول :**

حيث اقتضت أحكام الفصل 6 من م.ش أن عقد الشغل هو اتفاقية يلتزم بمقتضاها أحد الطرفين ويسمى عاملا أو أجيرا بتقديم خدماته للطرف الآخر ويسمى مؤجرا وذلك تحت إدارة ومراقبة هذا الأخير وبمقابل أجر".

وحيث نصت أحكام الفقرة الأولى من الفصل 134-2 أنه "يقصد بالأجر ما يستحقه العامل من مؤجره مقابل العمل الذي أنجزه".

كما نصت الفقرة الثالثة من الفصل 134-3 أنه "يمكن تحديد الأجر كليا وفقا للمردود أو القطعة أو الوفقة بالنسبة للأشغال التي جرت العادة بتأجيرها على أساس ذلك."

وحيث أنه يشترط لقيام العلاقة الشغلية توفر عنصر التبعية ويعني بذلك الإدارة والإشراف المباشر من المؤجر على الأجير فيما يتعلق بنوعية خدماته وسلطته في الرقابة على كيفية تنفيذ العمل مع وجوب احترام الأجير للتوقيت الذي يضبطه المؤجر مقابل أجر.

وحيث يؤخذ من أوراق القضية وخصوصا من محضر الجلسة المنعقدة بتاريخ 2004/9/1 أن المؤجر اعترف بالعلاقة الشغلية كما اتفق مع الأجير ضمن محضر جلسة 2004/7/9 لدى تفقدية الشغل بخصوص توقيت العمل وتحديد يوم الراحة الأسبوعية مع تمكين الأجير من الراحة السنوية الخالصة الأجر.

وحيث فيما يتعلق بالأجر فإن بطاقات الخلاص المسلمة من المؤجر لأجيره تفيد أن الطاعن هو الذي يقوم بخلاص العملة في أجورهم كما ثبت من تصريحات الطرفين بالجلسة الصلحية ومن محضر المعاينة عدد 18172 المحرر بتاريخ 2004/7/14 أن المعقب ضده يعمل لفائدة المعقب دون غيره وقد عللت محكمة القرار المنتقد حكمها تعليلا سائغا لما اعتبرت أن العلاقة الشغلية قائمة بين الطرفين.

وحيث فيما يتعلق بالدفع بتطبيق أحكام الأمر عدد 3018 المؤرخ في 2002/11/19 المتعلق بتنقيح وإتمام الأمر عدد 1166 لسنة 1995 المؤرخ في 1995/7/3 المتعلق بنظام الضمان الاجتماعي عن العملة غير الأجراء في القطاعين الفلاحي وغير الفلاحي فقد ثبت من أوراق القضية أن الأجير تقدم بمطلب الانخراط في نظام الضمان الإجتماعي للعملة غير الأجراء في القطاعين الفلاحي وغير الفلاحي المنظم بمقتضى الأمر عدد 3018 المشار إليه إلا أنه لا شيء بالملف يثبت أن هذا الطلب أجيب بالقبول من طرف الجهات الرسمية بل بالعكس فقد ثبت من كشف الحياة المهنية أن المعقب واصل دفع المساهمات المتعلقة بالصندوق الوطني للضمان الإجتماعي عن

المعقب ضده إلى أواخر الثلاثية الثانية من سنة 2004 والتي توافق تاريخ إنقطاع العلاقة الشغلية وهو ما يؤكد تواصل العلاقة الشغلية إلى ذلك التاريخ وبذلك أضحت هذه الدفوعات غير وجيهة.

*** عن الفرعين السابع والثامن من المطعن الأول بخصوص صبغة الطرد :**

حيث ثبت بالرجوع للحكم المنتقد أن محكمة الموضوع لم تستفرغ جهدها للبحث حول وقوع الطرد من عدمه وحول سبب الطرد على فرض وجوده إستنادا لمحضر تفقدية الشغل الذي تضمن أنه وقع غلق الحمام بصفة فجئية يوم 2004/7/14 والحال أن محضر المعاينة المدلى به من طرف المؤجر المحرر بواسطة عدل التنفيذ مجدي المجدوب تحت عدد 18172 بتاريخ 2004/7/14 تضمن معاينة الحمام مفتوح بعد الزوال وأن العمل متواصل به رغم حصول الشغب من طرف بعض العملة الذين هم في واقع الأمر بصدد قضاء عطلتهم السنوية.

وحيث طالما لم تستكمل محكمة القرار المنتقد قراءتها للوثائق المقدمة لديها وتفحصها للمؤيدات واستنتاج النتائج منها عملا بأحكام الفصل 14 خامسا من م.ش يكون حكمها مشوبا بضعف التعليل الأمر الذي يتجه معه قبول هذين الدفعين بما يتعين معه نقض الحكم في هذا الشأن.

*** عن الدفع التاسع من المطعن الأول والمطعن الثاني :**

حيث نصت أحكام الفقرة الأولى من الفصل 23 مكرر من م.ش أنه "يقع جبر الضرر في حالة الطرد التعسفي بغرامة يتراوح مقدارها بين أجر شهر وأجر شهرين عن كل سنة أقدمية بالمؤسسة على أن لا تتجاوز هذه الغرامة في جميع الحالات أجر ثلاث سنوات. ويتولى القاضي تقدير وجود ومدى الضرر الحاصل من جراء هذا الطرد بناء بالخصوص على الصفة المهنية للعامل وأقدميته بالمؤسسة وسنه وأجره ووضعيته العائلية وتأثير هذا الطرد على حقوقه في التقاعد ومدى احترام الإجراءات وظروف الأمر الواقع."

وحيث تبين أن محكمة القرار المنتقد لم تأخذ بعين الاعتبار المعايير الواجب إعتمادها لاحتساب تعويضات الطرد طبق ما اقتضاه الفصل 23 مكرر الآنف ذكره مما يجعل حكمها مشوبا بضعف التعليل في هذا الشأن مما يتعين معه قبول هذا المطعن.

ولهاته الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه بخصوص تعويضات الطرد وإحالة القضية على محكمة الإستئناف بتونس لإعادة النظر فيما تسلط عليه النقض بهيئة أخرى.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم السبت 19 جانفي 2008 عن الدائرة المدنية السادسة برئاسة السيدة حميدة العريف وعضوية المستشارين السيدين فوزي بن عثمان وراضي العايش بمحضر المدعي العام السيدة كوثر البراملي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة جميلة مسعود.

**وحرر في تاريخه**