

رقم : 6

عقد الشغل

- بطلان - تشغيل أجير أجنبي دون تأشيرة السلطة الإدارية.

لما كان عقد الشغل المبرم بين المقاول وأجيرها الأجنبي قد تم قبل دخول مدونة الشغل حيز التنفيذ فإنه يبقى خاضعا للقانون الساري النفاذ وقت إبرامه وهو الظهير الشريف المؤرخ في 15 نونبر 1934، وليس مقتضيات مدونة الشغل الخاصة بتشغيل الأجراء الأجانب.

تأشيرة السلطات الإدارية المختصة لتشغيل الأجير الأجنبي لازمة لقيام عقد الشغل وليست مجرد إجراء شكلي، وبالتالي لا غنى عنها حتى ولو أثبت الأجير اشتغاله بالمقاول لسنوات.

يكون القرار المطعون فيه مرتكزا على أساس لما لم يخض في الأسباب الواردة بمقرر الفصل بعد أن اعتبر أن عقد تشغيل الأجنبي المفتقر للتأشيرة باطل وغير منتج لأي أثر إلا فيما يخص الأجور المستحقة.

الأساس القانوني:

"يجب على كل مشغل يرغب في تشغيل أجير أجنبي أن يحصل على رخصة من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالشغل تسلم على شكل تأشيرة توضع على عقد الشغل. يعتبر تاريخ التأشيرة هو تاريخ بداية عقد الشغل. يخضع كل تغيير يحدث في العقد للتأشيرة المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة" (المادة 516 من مدونة الشغل).

المجلس الأعلى للسلطة القضائية
محكمة النقض

القرار عدد 1006

الصادر بتاريخ 23 شتنبر 2009

في الملف عدد 2008/1/5/1256

باسم جلالة الملك

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه المشار إلى مراجعه أعلاه أن الطالبة تقدمت بمقال تعرض فيه أنها اشتغلت لدى المطلوبة منذ 2001.10.8 إلى أن فوجئت بفصلها من عملها بتاريخ 2004-11-8 دون مبرر مطالبة بما هو مسطر فيه صدر على إثره حكم قضى على المدعى عليها بأدائها لها عن مهلة الإخطار مبلغ 59.203,02 درهم وعن الفصل مبلغ 44.634,24 درهم وعن الضرر مبلغ 133.207,15 درهم وعن أجرة 8 أيام من شهر نونبر مبلغ 9.108,15 درهم وعن العطلة السنوية الأخيرة مبلغ 29.601,51 درهم وعن الشهر الثالث عشر مبلغ 24.667,92 درهم مع حصر النفاذ المعجل في الأجرة والشهر الثالث عشر والعطلة وتحميل المدعى عليها الصائر، وبعد استئناف

المشغلة صدر قرار قضى بإلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به من تعويض عن الإشعار والإعفاء والطرء والحكم من جديد برفض الطلب بشأنه وتأييده في الباقي، مع جعل الصائر بالنسبة يستخلص نصيب الأجرة في إطار المساعدة القضائية، وهذا هو القرار المطلوب نقضه.

في شأن الوسيلتين المعتمدتين في النقض مجتمعتين:

تعيب الطاعنة على القرار خرق القانون الداخلي بخرق مقتضيات المادة 64 من مدونة الشغل، ذلك أن المحكمة مقيدة بالنظر في الأسباب الواردة في مقرر الفصل دون سواها، والمطلوبة نسبت إليها أخطاء تتمثل في إضائها على ترخيص غير صحيح لسحب منتج وكذا عدم كفاءتها في العمل مضيفة في رسالة الفصل بأنها كانت موضوع إنذارات شفوية إلا أن المحكمة لم تراعى المقتضيات المذكورة وخاضت في سبب جديد لم يتضمنه مقرر الفصل مسيطرة المشغلة في منحها عن غير صواب وهو ما يشكل خرقاً للفقرة الأخيرة من المادة 64 أعلاه يبرر نقض القرار.

كما تعيب عليه خرق مقتضيات الفصل 723 من قانون الالتزامات والعقود وإساءة تطبيق المادة 516 من مدونة الشغل، ذلك أن الفقرة الأولى من المادة 516 نصت على أن المشغل الذي يرغب في تشغيل أجير أجنبي عليه أن يحصل من السلطة الحكومية المكلفة بالشغل على رخصة تسلم على شكل تأشيرة توضع على عقد الشغل مما يعني أن المشغل هو الملزم بالحصول على التأشيرة المذكورة لفائدة الأجير، والمطلوبة بتقاعسها في الحصول عليها تكون هي المقصرة ولا ينبغي أن تستفيد من تقصيرها خصوصاً وأنها شغلته منذ التحاقها بالعمل بتاريخ 2001.10.8 إلى غاية طردها بتاريخ 2004.11.8 مما يجب معه تحميلها كافة الآثار القانونية مادامت الشروط المطلوبة بمقتضى الفصل 723 من قانون الالتزامات والعقود متوفرة لوجود اتفاق بين الطرفين تم بموجبه تشغيلها للقيام بعمل محدد مقابل أجر وخلال مدة فاقت ثلاث سنوات، إلا أن المحكمة حينها ذهبت خلاف ذلك واعتبرت العقد المذكور ولد ميتاً ولم ترتب عنه الآثار القانونية تكون قد خرقت مقتضيات الفصل المذكور المحدد للأحكام والقواعد العامة لعقد العمل خصوصاً وأن مقتضيات ظهير 1934/11/15 الذي اعتمدته في تحليلها تحيل هي نفسها على الفصل 723 أعلاه، علاوة على أن ما استنتجته المحكمة استناداً للمادة 516 من مدونة الشغل من اعتبار تاريخ التأشيرة هو تاريخ بداية عقد الشغل إنما ينطبق على عقود الشغل التي حصل فيها أرباب الشغل على التأشيرة أما في النازلة فالمطلوبة - المشغلة - لم تحصل على التأشيرة وقبلت تشغيلها لمدة فاقت ثلاث سنوات فتكون المحكمة بذلك قد أساءت تطبيق مقتضيات المادة 516، ثم إن اشتغال الأجير الأجنبي لمدة تفوق سنة يجعل موضوع التأشيرة متجاوزاً بالنسبة إليه لأن مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل الثاني من ظهير 34.11.15 الذي اعتمده القرار تستثني من وجوب المصادقة على الاتفاقيات التي يقصد منها تغيير العقدة أو تنميتها الاتفاقيات التي تبرم بعد 365 يوماً الموالية لدخول صاحب العقدة إلى المغرب مما يجعل شرط الحصول على المصادقة والتأشيرة غير مطلوبة بالنسبة إليها لدخولها المغرب اشتغالها منذ 2001.10.8 أي منذ مدة تزيد عن السنة المطلوبة

الشيء الذي يتجلى منه أن المحكمة المطعون في قرارها خرقت المقتضيات المشار إليها وعرضت قرارها للنقض.

ثم تعيب عليه نقصان تعليله الموازي لانعدامه، ذلك أنها أكدت أمام محكمة الاستئناف واستنادا للمادة 516 من مدونة الشغل أن المشغل هو المطالب بالحصول على تأشيرة العمل لفائدة الأجير وأن المطلوبة بتقاعسها عن ذلك تكون هي المسؤولة عن الطرد وتحمل التعويض عنه إلا أن محكمة الاستئناف لم ترد عن الدفع رغم وجاهته، كما أن قول المحكمة بأن التأشيرة هي المنشئة للعقد يعد تعليلا فاسدا لكون التأشيرة مجرد إجراء شكلي يأتي لاحقا لإنشاء عقد العمل وليست شرطا من شروط إنشائه فضلا عن أن المشرع لم يرتب أي جزاء على عدم الحصول عليها ولم ينص على بطلان العقد بسبب ذلك فلا بطلان بدون نص مما يجعل التفسير الذي أعطته محكمة الاستئناف للفقرة الثانية من المادة 516 من المدونة تفسيرا خاطئا وهو أمر يدخل في صميم القانون الذي تراقبه محكمة النقض، ومادام تفسير المحكمة المطعون في قرارها لم يكن صائبا فإن قرارها بذلك يكون عرضة للنقض.

لكن من جهة أولى، فإن الثابت من القرار المطعون فيه عدم خوضه في الأسباب الواردة بمقرر الفصل لاعتباره العقد الرابط بين الطالبة والمطلوبة عقدا باطلا وغير منتج لأية آثار قانونية لافتقاره لتأشيرة السلطات المختصة مما يجعل ما نعتة الطاعنة عليه من خرق لمقتضيات المادة 64 من مدونة الشغل باستناده إلى سبب غير الأسباب الواردة بمقرر الفصل خلافا للواقع فيكون الفرع الأول من الوسيلة الأولى غير مقبول.

ومن جهة ثانية، فإن الطاعنة لما كانت أجيرة أجنبية تنظم علاقتها الشغلية بمشغليها بالمغرب بمقتضيات خاصة ورد التنصيص عليها بظهير 1934.11.15 حسبما وقع تغييره وتتميمه ثم بمدونة الشغل من بعده في الباب الخامس من الكتاب الرابع منها بشأن تشغيل الأجانب فإنها تبقى خاضعة لهذه المقتضيات الخاصة، والثابت من وثائق الملف وبإقرار الطاعنة أن العقد الرابط بينها وبين المطلوبة يعود لتاريخ 2001.10.8 أي قبل دخول مدونة الشغل حيز التنفيذ بتاريخ 2004.6.8 مما يجعله خاضعا لمقتضيات ظهير 1934.11.15 أعلاه التي كانت سارية المفعول وقت إبرامه فلا مجال للاستدلال بما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 516 من مدونة الشغل التي أوجبت على المشغل الراغب في تشغيل أجير أجنبي الحصول على رخصة من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالشغل تسلم على شكل تأشيرة توقع على عقد الشغل والقول بأن المشغلة هي الملزومة بالحصول على هذه الرخصة وأنها بعدم حصولها عليها تكون هي المسؤولة عن تقصيرها وينبغي معاملتها بنقيض قصدها لكون الأجير هو المطالب بذلك عملا بأحكام الفصل 3 من الظهير المذكور كما وقع تعديله بمقتضى ظهير 1951.2.21 والذي جاء فيه: (يجب على الأفراد المهاجرين إلى منطقة الحماية الفرنسية ليتعاطوا فيها مهنة أن يحصلوا بأمر على إذن بذلك...) مما يجعل الإذن إلزاميا لقيام العقد وليس مجرد إجراء شكلي كما ذهبت إلى ذلك الطاعنة ويبقى تعليل القرار فيما استند إليه من تطبيق مقتضيات المادة 516 من

مدونة الشغل تعليلا زائدا يستقيم بدونه مادام قد استند أيضا إلى مقتضيات ظهير 1934.11.15 الواجب التطبيق في النازلة، كما أنه لا مبرر للاستدلال بما نص عليه الفصل 723 من قانون الالتزامات والعقود لكون العقد المفتقر للإذن المطلوب يعد والعدم سيان، واشتغال الطاعنة لمدة فاقت الثلاث سنوات لا يغني عن الإذن المذكور ولا يكسب العقد شرعيته خلافا لما جاء بالوسيلة، والقرار لما اعتبر العقد في النازلة عديم الأثر إلا فيما يخص الأجور المستحقة كان سليما فيما انتهى إليه ومعللا بما فيه الكفاية والفرع الثاني من الوسيلة الأولى وكذا الوسيلة الثانية على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى برفض الطلب.

السيد الحبيب بلقصور رئيسا، والسادة المستشارون: عبد اللطيف الغازي مقررًا، ويوسف الإدريسي ومليكة بنزاهير والزهرة الطاهري، وبمحضر المحامي العام السيد نجيب بركات، وبمساعدة كاتب الضبط السيد سعيد احماموش.

مقاربة الاجتهادات:

"لكن حيث أنه لما كان الأمر يتعلق بعامل أجنبي يشتغل بالمغرب فيتعين عليه الحصول على رخصة من طرف وزارة التشغيل يتمثل في تأشيرة توضع على عقد العمل والطاعن لا يتوفر على ترخيص من طرف السلطة المختصة قصد تشغيله، وإن عدم توفره على ذلك يجعل العقد غير صحيح ولا ينتج أي أثر قانوني، وأمام عدم إثبات الطاعن أنه اشتغل إلى غاية غشت 2004 بل أنه صرح خلال جلسة البحث أنه اشتغل إلى غاية 2004/2/27، فعلى هذا الأساس لا مجال للقول بضرورة تطبيق مقتضيات مدونة الشغل التي لم يبدأ سريان تطبيقها إلا في 2004/6/8 فالملزم بطلب الترخيص من طرف وزارة التشغيل هو الأجير وليست المشغلة فالقرار لما خلص إلى هذا جاء معللا تعليلا كافيا ولم يخرق الفصل المستدل به وتبقى الوسيلة غير جديرة بالاعتبار".

(قرار المجلس الأعلى عدد 1015 الصادر بتاريخ 30 شتنبر 2009 في الملف الاجتماعي عدد 2008/1/5/1474، غير منشور).