

الفصل الثالث

انعقاد عقد العمل تحت الاختبار، وإثباته

المبحث الأول: انعقاد عقد العمل تحت الاختبار

إن عقد العمل تحت الاختبار كغيره من العقود الأخرى لا ينعقد إلا بتوافر الأركان والشروط الرئيسية العامة الواجب توافرها في سائر العقود القانونية الصحيحة، وحيث أن عقد العمل تحت الاختبار هو عقد رضائي والأصل أن تنطبق عليه القواعد العامة المقررة للعقود في القانون المدني، إلا أن هذا العقد له أيضاً أركانه وشروطه الخاصة والمنصوص عليها في قانون العمل⁽⁶²⁾.

المطلب الأول: الأركان والشروط العامة لانعقاد عقد العمل تحت الاختبار: أولاً، الرضا:

يتحقق الرضا في العقد عندما تتطابق إرادة المتعاقدين، ويتم ذلك بتوافق الإيجاب مع القبول مع مراعاة ما يقرره القانون من أوضاع معينة أخرى لانعقاد العقد، ويعرّف الإيجاب والقبول بأنهما كل تعبير عن الإرادة يستعمل لانعقاد العقد، وما صدر أولاً فهو إيجاب وما صدر ثانياً فهو قبول⁽⁶³⁾.

ويشترط لسلامة الرضا في العقد أن يكون الإيجاب والقبول قد صدرتا عن شخصان يتمتعان بالأهلية القانونية المطلوبة، وأن تكون إرادتهما خالية من أي عيوب تشوبها كالإكراه، أو التغيرير والغبن، أو الغلط. وتختلف الأهلية المطلوبة لإبرام عقد العمل لكل من صاحب العمل و العامل:

فبالنسبة لأهلية صاحب العمل: لم تتضمن قوانين العمل المقارنة قواعد خاصة لتنظيم أهلية صاحب العمل لإبرام عقد العمل، وبالتالي فإنه في هذه الحالة يتم تطبيق القواعد العامة بما يتعلق بالأهلية المطلوبة لصاحب العمل، وحيث أنه يعتبر عقد العمل بالنسبة إلى صاحب العمل من الأعمال الواقعة أو الدائرة بين النفع والضرر، ذلك وأن صاحب العمل وإن حصل من العامل على عمله فهو لا يحصل عليه مجانياً، بل بمقابل أجر يعادل هذا العمل، وعلى هذا فإنه يجب أن تتوفر في من يبرم عقد العمل باعتباره صاحب عمل أهلية إبرام الأعمال الدائرة بين النفع والضرر، وتثبت هذه الأهلية أصلاً لكل من أتم سن الرشد، أي لمن أتم ثمانية عشر عاماً من عمره بالنسبة للقانون العماني، ولمن أتم إحدى وعشرون عاماً

(62) غمان. 2003. قانون العمل. المادة 68. (مرسوم سلطاني رقم 2003/35). ص. 23.

(63) غمان. 2013. قانون المعاملات المدنية. المادة 69. (المرسوم السلطاني رقم 2013/29). ص. 14. و مصر. 1948. القانون المدني. المادة 89. (قانون برلاني رقم 1948/131). ص. 6.

بالنسبة للقانون المصري⁽⁶⁴⁾، ولكن إستثناءً على ذلك فهي تثبت أيضاً للصبي المميز الذي بلغ سن السابعة من عمره وأجاز تصرفاته وليه أو وصيه أو هو بعد بلوغه سن الرشد، وعلى هذا فإذا أبرم الصبي غير المميز عقد العمل باعتباره صاحب عمل فيكون حينها عقد العمل باطلاً بطلاناً مطلقاً، في حين أنه إذا أبرم ذات العقد الصبي المميز فيكون العقد قابلاً للبطلان لمصلحة القاصر، ويكون العقد صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية إذا تم إبرامه من قبل صاحب العمل الذي بلغ سن الرشد، وهذا ما أكدته المادة 93 من قانون المعاملات المدنية العماني بقولها: "التصرفات المالية للصغير غير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتتخذ صحيحة موقوفة على إجازة الولي أو الوصي أو إجازة الصغير بعد بلوغه سن الرشد"⁽⁶⁵⁾، وبالمقابل أكدت على ذلك أيضاً المادة 111 من القانون المدني المصري بقولها: "1- إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً. 2- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويؤول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون"، كما قررت المادة 112 من القانون المدني المصري بأنه: "إذا بلغ الصبي المميز سن الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون، كانت أعمال الإدارة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون".

أما بالنسبة لأهلية العامل: فقد خرج المشرعان العماني والمصري عن القواعد العامة فيما يتعلق بأهلية العامل لإبرام عقد العمل، فنص المشرع العماني في المادة 75 من قانون العمل العماني على أنه: "يحظر تشغيل الأحداث من الجنسين أو السماح لهم بالدخول في أماكن العمل قبل بلوغ سن الخامسة عشرة، ويجوز بقرار من الوزير رفع هذه السن في بعض الصناعات والأعمال التي تقتضي ذلك"، وبالمقابل فقد نص المشرع المصري في المادة 99 من قانون العمل المصري على أنه: "يحظر تشغيل الأطفال من الإناث و الذكور قبل بلوغهم سن إتمام التعليم الأساسي، أو أربع عشرة سنة أيهما أكبر، ومع ذلك يجوز تدريبهم متى بلغت سنهم اثني عشرة سنة".

ويفهم من تلك النصوص القانونية المذكورة أن القوانين المقارنة اتفقت على وضع قواعد خاصة لأهلية العامل، فرغم أن إبرام عقد العمل يعتبر من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، إلا أن المشرعان العماني والمصري اكتفيا بأن يكون العامل قاصراً مميزاً فقط ليتمكن من إبرام عقد العمل، ولكن في ذات الوقت لم يسمحوا بذلك لجميع القاصرين المميزين على السواء، فسن التمييز يبدأ عند إتمام القاصر سن السابعة من

(64) عُمان. 2013. قانون المعاملات المدنية. المادة 2/41. (المرسوم السلطاني رقم 2013/29). ص. 8. و مصر. 1948. القانون المدني. المادة 2/44. (قانون برلاني رقم 1948/131). ص. 4.

(65) سالم الفليبي. 9 مارس 2016م. "الأهلية اللازمة لإبرام عقد العمل". جريدة الوطن العمانية. الموقع الإلكتروني: www.alwatan.com/details/102232

العمر⁽⁶⁶⁾، ولكن حددا سن التمييز لأهلية العامل إبرام عقد العمل بخمسة عشر عاماً وفقاً لقانون العمل العمالي، وبأربعة عشر عاماً أو بإتمام القاصر المميز سن التعليم الأساسي أيهما أكبر وفقاً لقانون العمل المصري، ويبدو أن المشترعان أرادا في ذلك مراعاة حاجة القاصر الذي يبلغ تلك السن إلى الحصول على مورد للرزق عن طريق عمله، ولكن يكون للمحكمة حق إنهاء عقد العمل الذي يبرمه القاصر بناءً على طلب الولي أو الوصي أو أي ذي شأن رعايةً لمصلحة القاصر أو مستقبله، كما لو كان القاصر مريضاً، أو أن إстеعداده ينبيء بمستقبل أفضل لو انصرف إلى تحصيل العلم أو الاشتغال بفن من الفنون، أو كان للقاصر مجال في تحسن أجره أو مركزه إذا اشتغل في مهنة أخرى⁽⁶⁷⁾.

كما أن عقد العمل تحت الاختبار يكون قابلاً للإبطال إذا شاب رضاء أحد طرفيه عيب من عيوب الإرادة، وهذه العيوب قد تتمثل في الغلط أو الغبن أو التغيرير أو الإكراه.

فقد يقع الغلط في ذات العامل أو صاحب العمل أو في صفة من صفاته إذا كانت تلك الذات أو هذه الصفة هي السبب الرئيسي للتعاقد، ويندر توافر الغلط في ذاته بل يتم ذلك غالباً من خلال الغبن أو التغيرير الدافع إلى التعاقد، أي لجوء أحد الطرفين إلى حيل جسيمة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، ومثال ذلك أن يدلي العامل ببيانات غير صحيحة في طلب الاستخدام، كما ويؤدي الإكراه إلى إبطال العقد في حالة استعمال وسائل إكراه تهدد بخطر محقق وتحدث رهبة في النفس لدى الطرف الآخر لتبعثه إلى التعاقد، ولكن على أي حال فإن الحاجة إلى المال لا تعتبر من قبل الإكراه، إذ يستطيع العامل الإمتناع عن التوقيع على العقد إذا لم يرتض شروطه، ولو كانت ظروف العامل وحاجته لتأمين معاشه جعلته يقبل شروطاً مرهقة⁽⁶⁸⁾.

بناءً على ما تقدم، يمكن القول بأن ركن الرضا كركن عام يتحقق في عقد العمل تحت الاختبار عندما تتوافق إرادة كل من العامل وصاحب العمل باعتبار أنهما طرفا عقد العمل على أن يكون العقد تحت شرط الاختبار، وأن يكون كلاهما يتمتع بكامل الأهلية القانونية المطلوبة لإبرام العقد، ولا يوجد ما يشوب إردتهما من عيوب كالإكراه أو الغبن والتغيرير أو الغلط.

ثانياً، المحل:

لم ترد قواعد خاصة في قانون العمل بشأن المحل في عقد العمل تحت الاختبار، وبالتالي فإنه يجب الرجوع بشأن ذلك إلى القواعد العامة الواردة في القوانين المدنية للدول محل المقارنة، مع العلم بأن محل عقد العمل تحت الاختبار هو اختبار كفاءة العامل ومدى ملاءمة العمل له، وقد اشترطت المادة 115

(66) عُمان. 2013. قانون المعاملات المدنية. المادة 2/42. (المرسوم السلطاني رقم 2013/29). ص. 8. و مصر. 1948. القانون المدني. المادة 2/45. (قانون برلماني رقم 1948/131). ص. 4.

(67) عبدالرحمن و رشدي. 2009. قانون العمل والتأمينات الاجتماعية. ص. 27.

(68) منصور، محمد حسين. 1995. قانون العمل في مصر ولبنان. بيروت: دار النهضة العربية. ص. 294.

من قانون المعاملات المدنية العماني بأن يكون لكل عقد محل يضاف إليه، وتطبيقاً لتلك القواعد وحسب ما جاء في المادة 116 من قانون المعاملات المدنية العماني، والتي يقابلها المواد 131 و 132 و 133 و 135 من القانون المدني المصري فإن شروط المحل هي:

1. أن يكون محل العقد معيّناً تعييناً نافعاً للجهة، أو على الأقل بيان أوصافه المميزة له بالقدر الذي ينفي الجهالة الفاحشة: ويكون تعيين المحل في عقد العمل تحت الاختبار بتحديد نوع العمل الذي يتم الاختبار بشأنه، وذلك حتى يستطيع صاحب العمل تقدير كفاءة العامل بشأنه، وبالمقابل يستطيع العامل بذل الجهد المطلوب منه بذله في هذا العمل ليثبت كفاءته فيه.

2. أن يكون المحل ممكناً في ذاته: أي أن لا يكون مستحيلًا في ذاته، ويقصد بالاستحالة هنا الاستحالة الموضوعية أي استحالة المحل في ذاته وليست الاستحالة الشخصية الذاتية، وبمعنى آخر أن تكون الاستحالة مطلقة بأن يستحيل على الناس كافة القيام بالعمل محل العقد، ومثال ذلك أن يكون محل عقد العمل تحت الاختبار هو اختبار قدرة العامل على الاستحواذ على أشعة الشمس وبيعها، أو قدرته الرسم على الماء، أو قدرته على بيع الأسماك وهي في البحر، فهنا المحل يكون مستحيلًا استحالة مطلقة ولا يمكن لأحد من الناس القيام به وبالتالي يكون العقد باطلاً.

3. أن يكون المحل مقدوراً على تسليمه: أي أن يكون موجوداً، فالمحل باعتباره عنصراً مادياً لا يقل ضرورة عن التراضي الذي هو العنصر النفسي لإنشاء العقود، لذلك فكما أن العقد يصبح باطلاً لإنعدام التراضي فهو أيضاً يبطل إذا كان محله غير موجود، وهذا يعتبر أمراً منطقيًا جداً، فإنعدام المحل يؤدي بالضرورة إلى تخلف شرط إمكان تنفيذ العقد، وبالتالي لا يكون للعقد في هذه الحالة أي جدوى، ما يؤدي إلى إعتبره باطلاً، ولكن يجب التنويه هنا إلى أن عدم وجود المحل لا يبطل العقد إذا كان ممكن الوجود في المستقبل على وجه اليقين. وتطبيقاً لذلك على عقد العمل تحت الاختبار فإنه لا بد من أن يكون العمل محل الاختبار موجوداً وقت التعاقد أو على الأقل أن هذا العمل سيكون موجوداً في المستقبل بشكل يقيني، وذلك حتى يتسنى للأطراف تنفيذه.

4. أن لا يكون التعامل في المحل ممنوعاً شرعاً أو قانوناً: أي أن لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة أو الشريعة الإسلامية، وينطبق هذا الشرط على عقد العمل تحت الاختبار بوجوب أن يكون نوع العمل محل الاختبار مشروعاً في الأنظمة العامة السائدة والقوانين ومتوافقاً مع مبادئ وقيم الشريعة الإسلامية، ومثال ذلك بمفهوم المخالفة هو أن يكون محل عقد العمل تحت الاختبار اختبار قدرة العامل على تسويق المخدرات، فصحيح هنا أن محل العقد هو اختبار كفاءة العامل، ولكن النظام العام لا يسمح بتجارة

وتداول المخدرات، وبالتالي فإن محل العقد هنا يكون غير مشروع لمخالفته للنظام العام، وبالتالي يبطل العقد⁽⁶⁹⁾.

ثالثاً: السبب:

نصّ المشرّع العمالي في المادة 121 من قانون المعاملات المدنية على أنه: "إذا لم يكن للعقد سبب، أو كان سببه مخالفاً للشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً". كما نصّ أيضاً في المادة 122 من ذات القانون على أنه: "لا يكون العقد صحيحاً إذا لم ينطو على منفعة مشروعة للمتعاقدين، ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك".

كما ونصت المادة 136 من القانون المدني المصري على أنه "إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً".

يتبين من هذه النصوص القانونية أن المشرّع لم يتخلّى عن فكرة السبب بل اعتبرها أمراً جوهرياً في التعاقد، بحيث أنه إذا تخلف وجود السبب أو كان غير مشروع اعتبر العقد باطلاً، لذلك فإنه لا بد أن يكون لكل التزام غاية أو باعث، فإذا تخلف وجود هذه الغاية أو الباعث فإننا لن نكون بصدد إرادة حقيقية بل إرادة عابثة.

وفي عقد العمل تحت الاختبار يكون سبب هذا العقد هو معرفة مدى كفاءة العامل ومدى ملائمة العمل له، وبالتالي يكون سبب التزام العامل بالعمل تحت الاختبار هو التزام صاحب العمل بدفع الأجر، وبالمقابل يكون سبب التزام صاحب العمل بدفع الأجر للعامل هو التزام العامل بالخضوع للتجربة، وعليه فإذا كان سبب التعاقد في عقد العمل تحت الاختبار خارجاً عن ذلك، كتهرب صاحب العمل من قواعد الإنهاء المقررة لعقد العمل البات مثلاً، فإن عقد العمل تحت الاختبار في هذه الحالة يكون باطلاً حتى لو كان في ظاهره صحيحاً⁽⁷⁰⁾.

المطلب الثاني: الأركان والشروط الخاصة لانعقاد عقد العمل تحت الاختبار:

يتميز عقد العمل تحت الاختبار بطبيعته الخاصة عن غيره من العقود، ولقد كان لطبيعة عقد العمل تحت الاختبار أثر بالنسبة إلى القواعد التي وضعها المشرّع لبيان أحكام انعقاده التي تتمثل في شروط معينة يجب أن تتوافر في عقد العمل ليتّسم بصفة أنه عقد عمل تحت الاختبار، ولما لهذا العقد من صلاحية لصاحب العمل في إنهاء العقد بطريقة سهلة غير مرتبطة بالقواعد العامة لإنهاء عقد العمل البات من اشتراط السبب والمبرر القانوني حتى يقف القانون موقفاً حمائياً للطرف الضعيف في عقد العمل

(69) الفنيش. 2005. عقد العمل تحت التجربة في القانون الأردني. (رسالة ماجستير). ص. 30-31.

(70) الفنيش. 2005. المرجع نفسه. ص. 31.

وهو العامل وفقاً للإتجاه السائد في قواعد قانون العمل، كان لابد من وضع أركان وشروط خاصة لهذا العقد تبدأ منذ نشوء الإتفاق بين الطرفين على جعل عقد العمل تحت الاختبار، أولها التراضي على شرط الاختبار وذكره في عقد العمل، وثانيها تحديد مدة الاختبار، وثالثها أن لا يكون العامل قد تم تعيينه تحت الاختبار لأكثر من مرة واحدة لدى صاحب العمل نفسه.

أولاً: التراضي على شرط الاختبار وذكره في عقد العمل:

إن التراضي كركن خاص في عقد العمل تحت الاختبار هو ذاته ركن الرضا في القواعد العامة الذي تطرقنا إلى الحديث عنه بشكل موجز سابقاً، ولكن هنا سأتحدث عن خصوصية هذا الركن في عقد العمل تحت الاختبار، حيث أنه يتعين لكي يتخذ عقد العمل وصف عقد عمل تحت الاختبار أن تتجه إرادتا المتعاقدان إلى إبرامه موصوفاً بهذا الوصف، ويحدد الاتفاق الطرف المستفيد من هذا الشرط، هل هو صاحب العمل أم العامل، أم كلا الطرفين.

وقد تساءل الفقه حول تفسير الشرط إذا جاء مطلقاً ليعين الطرف المستفيد منه، ويذهب الرأي الغالب إلى أنه يتعين اعتبار الشرط في هذه الحالة مقررراً لمصلحة كلا الطرفين⁽⁷¹⁾.

جاء في المادة 24 من قانون العمل العماني أنه: "وفي جميع الأحوال يتعين تحديد فترة الاختبار إن وجدت في عقد العمل"، كما وجاء في المادة 33 من قانون العمل المصري أنه: "تحدد مدة الاختبار في عقد العمل".

يتبين من تلك النصوص القانونية وحدة موقف القوانين المقارنة من ضرورة الاتفاق على شرط الاختبار في عقد العمل ووجوب تحديدها في العقد إذا اتجهت إليها إرادة المتعاقدين، فإذا خلا عقد العمل من الاتفاق على جعله تحت الاختبار فإنه من المفترض اعتباره عقد عمل بات، أي أنه يجب لاعتبار عقد العمل بأنه تحت الاختبار أن يكون الطرفان قد اتفقا على ذلك صراحةً بموجب بند يدرجانه في عقد العمل المبرم بينهما، وإذا لم يتفق الطرفان على أن العقد تحت الاختبار فإن العقد يكون نهائياً باتاً، ولا تسري عليه أحكام عقد العمل تحت الاختبار، ولا يجوز لأي من الطرفين أن يدعي خلاف ذلك، لأن شرط الاختبار لا يفترض افتراضاً وجوده في العقد.

ولكن يظهر في هذا الشأن سؤال بأنه هل يستلزم التراضي على عقد العمل تحت الاختبار النص صراحةً بطريقة مكتوبة في العقد على أن العامل تحت الاختبار؟ أو بتعبير آخر، هل يشترط لتمام التراضي على هذا العقد أن ينص فيه على شرط الاختبار بحيث يؤدي تخلف هذا الشرط إلى ثبوت صفة عقد العمل البات له وتخلف وصف الاختبار عنه باعتباره وصفاً عرضياً لا بد من الإفصاح عنه، أم أن تطلب النص لهذا الشرط -كتابة- يقصد به حماية العامل من إدعاء صاحب العمل على غير الحقيقة بأن العقد هو

(71) عبدالرحمن و مطر . 1987 . قانون العمل . ص. 125 .

عقد عمل تحت الاختبار تحريماً من قواعد الانهاء المقررة لعقد العمل البات، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يمنع تخلف هذا الشرط من إبرامه متّصفاً بهذا الوصف بشكل ضمني، كما لا يوجد ما يمنع من اثبات أنه عقد عمل تحت الاختبار رغم عدم النص الصريح على ذلك فيه؟

ذهب البعض إلى ضرورة النص الصريح بطريقة مكتوبة على شرط الاختبار وبحيث لا يجوز الاتفاق عليه ضمناً وإلا عومل معاملة عقد العمل البات، وهذا الرأي منتقد لاشتراطه أمراً لم يستلزمه النص، إضافة إلى خلطه بين النص في العقد كتابة على شرط الاختبار من ناحية، وبين استلزام اتجاه النية المشتركة للمتعاقدين إلى الارتباط بعقد عمل تحت الاختبار⁽⁷²⁾.

ولكن الرأي الذي اتجه إليه أغلب الفقه هو أنه يستوي أن يكون شرط الاختبار صريحاً في العقد أو ضمناً يستخلص من ظروف التعاقد، باعتبار أن تكييف العقد يستخلصه القاضي من تبيّنه لشروط التعاقد ومن استظهاره لنية المتعاقدين غير مقيداً في ذلك بما يطلقه المتعاقدان من تسمية على العقد، فإن تخلف شرط الاختبار لا يمنع تحقق التراضي على إبرام عقد العمل تحت الاختبار، ولكن الأمر الضروري اللازم التحقق منه هو اتجاه إرادة الأطراف بطريقة جازمة لاشك فيها إلى إبرام عقد عمل تحت الاختبار، يستوي في ذلك أن يظهر هذا الاتجاه صراحة أو أن يستخلص ضمناً من شروط التعاقد أو ما يجري عليه العرف في المهنة أو الحرفة باعتبار أنه شرط لا يفترض، وهو ما يتفق مع القواعد العامة في التفسير (المادة 165 من قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة 1/150-2 من القانون المدني المصري) فيما جاءت به من موجهات، وذلك باعتبار أن العبرة في تكييف العقد بحقيقة الواقع والنية المشتركة التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين دون إعتداد بالتكييف الذي أسبغه الطرفان عليها، إذ لا يجوز للمحكمة أن تعتدّ بعبارة معينة دون غيرها من عبارات العقد، بل يجب عليها أن تأخذ بمدلول ماتفيد العبارات بأكملها وفي مجموعها، وفي حال الشك حول الكشف عن الإرادة المشتركة فإنه يغلب وصف العقد البات باعتباره الأصل المعتاد الذي يأتي الإتفاق على الاختبار على خلاف مقتضاه⁽⁷³⁾.

ومن المهم جداً في الحالة التي يكون فيها انصراف إرادة المتعاقدان إلى شرط الاختبار في العقد قد تحقق بطريقة ضمنية، فيجب أن يكون العلم به لكلا الطرفين قائماً حتى يصح إمكان قبول كلاهما له بطريقة غير مباشرة، ولو لم يقبله صراحة، وذلك من خلال إتيانه فعلاً يستفاد منه هذا القبول الضمني، ويجب أن يبيّن قضاة الموضوع في حكمهم كيف استخلصوا من الوقائع الثابتة حصول القبول الضمني لكل من

(72) زهران. 2005. قانون العمل - عقد العمل الفردي. ص. 119. و علي بن سعيد بن علي المشايخي. 2018. "أحكام عقد العمل تحت الاختبار". مقابلة شخصية. 5 ديسمبر.

(73) منصور. 2011. شرح قانون العمل العماني. ص. 213. و زهران. المرجع نفسه. ص. 120-121. و أحمد عبدالغني العطار. 2018. "أحكام عقد العمل تحت الاختبار". مقابلة شخصية. 19

العامل وصاحب العمل لشرط الاختبار في عقد العمل، وإلا جاء حكمهم مشوباً بقصور في التسبب، يستوجب نقضه إذا ما حصل فيه الطعن بطريق النقض⁽⁷⁴⁾.

والباحث يميل إلى تأييد هذا الرأي الذي تبناه أغلب الفقه في هذا الصدد، حيث أنه يمكن أن يرد شرط الاختبار بشكل صريح في العقد أو بشكل ضمني يمكن استخلاصه من ظروف التعاقد أو العرف الذي جرت عليه المهنة أو الحرفة التي يتم التعاقد في ظروف مثلها، وهنا يرى الباحث أيضاً أن الدور الحاسم في إسباغ الوصف الحقيقي للعقد في حال حدوث خلاف حول وصف عقد العمل بأنه هل فعلاً هو عقد عمل تحت الاختبار أم لا، يعود إلى المحكمة، والتي بدورها تقوم بالبحث والتدقيق في ذلك لتكشف الإرادة الحقيقية للمتعاقدين من خلال ظروف التعاقد والعرف الذي تجري عليه المهنة أو الحرفة، وفي حال لم تستطع المحكمة الجزم حول معرفة الإرادة والنية الحقيقية للمتعاقدين في ذلك، فإنه يجب عليها في هذه الحالة إسباغ وصف عقد العمل البات كونه الأصل، والابتعاد عن الاستثناء بأن يكون عقد العمل تحت الاختبار.

ثانياً: تحديد مدة الاختبار في عقد العمل:

نظراً لما يحمله عقد العمل تحت الاختبار من الحق في إنهاء العقد بطريقة سهلة غير مرتبطة بالقواعد العامة المقررة لإنهاء عقد العمل البات من اشتراط السبب والمبرر القانوني إضافة إلى عدم تمتع العامل بمكافأة نهاية الخدمة في حال ما أنهى عقد العمل خلال فترة الاختبار، فقد يعمد صاحب العمل إلى إدراج شرط الاختبار في العقد لمجرد الاستفادة من القواعد الخاصة لهذا الشرط والتخلص من الأحكام الصارمة التي قررها القانون في إنهاء عقد العمل البات، ولخطورة هذا الموقف فقد عمد المشرع إلى وجوب الاتفاق على تحديد مدة الاختبار إن وجدت في عقد العمل، كما وقيد حرية المتعاقدان في تحديد تلك المدة بوضعه حداً أقصى لتلك الفترة لايحوز للمتعاقدان أن يتجاوزاها.

فقد ذكر المشرع العماني في المادة 24 من قانون العمل العماني بأنه: "لايحوز تعيين العامل تحت الاختبار لمدة تزيد على ثلاثة أشهر لمن يتقاضى أجره شهرياً ولمدة تزيد على شهر واحد لمن يتقاضى أجره على خلاف ذلك ... وفي جميع الأحوال يتعين تحديد فترة الاختبار إن وجدت في عقد العمل".

كما وقد ذكر المشرع المصري في المادة 33 من قانون العمل المصري بأنه: "تحدد مدة الاختبار في عقد العمل ولايحوز تعيين العامل تحت الاختبار لمدة تزيد على ثلاثة أشهر".

يتبين لنا من ما ذكره المشرعان العماني والمصري في النصوص الواردة أعلاه والمتعلقة بمدة الاختبار في عقد العمل، بأن المشرعان يتفقان على وجوب تحديد مدة الاختبار في عقد العمل، ويتفقان أيضاً على أن الحد الأقصى لتلك المدة يجب أن لا تزيد على ثلاثة أشهر، ولكن يختلف المشرعان في أن المشرع العماني

(74) سليم. 2004. أصول قانون العمل الجديد. ط 1. ص. 544.

كان قد استثنى فئة العمال الذين لا يتقاضون أجرهم بشكل شهري وجعل المدة القصوى لفترة الاختبار في عقودهم لا تزيد على شهر واحد، أما المشرع المصري لم يضع أي استثناء على المدة القصوى لفترة الاختبار والتي حددها بثلاثة أشهر لكافة العمال ومهما كانت طريقة حصولهم على أجورهم.

ويبدو أن المشرعان العمالي والمصري أرادا من وضع حد أقصى لمدة الاختبار أن يحميا العامل، فقد يلجأ صاحب العمل إلى إطالة مدة الاختبار وجعل العامل في مركز قلق، أو أنه خلال مدة الاختبار يكون لصاحب العمل أن ينهي عقد العمل إذا ما ثبت لديه عدم صلاحية العامل دون أن يلزم بتعويض العامل، لذلك فقد عني القانون ببيان الحد الأقصى لهذه المدة وجعله ثلاثة أشهر، فإذا ما اتفق صاحب العمل والعامل على مدة تجاوز ثلاثة أشهر فإن اتفاقهما يكون باطلاً فيما يتعلق بهذه الزيادة⁽⁷⁵⁾، فإذا لم يكن حق فسخ العقد قد استعمل عند بلوغ الحد الأقصى لمدة الاختبار فإن العقد يكون قد ثبت استقراره وتحول إلى عقد عمل بات.

وهنا يرد تساؤل حول تكييف العقد للفترة الباقية من مدة الاختبار المتفق عليها أصلاً و الزائدة على الحد الأقصى على المشروع والمحدد قانوناً بثلاثة أشهر، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار أن يكون عقداً محدد المدة للفترة الباقية من مدة الاختبار المتفق عليها أصلاً والزائدة على الحد الأقصى المشروع، ولكن هذا الرأي في الحقيقة يخالف إرادة المتعاقدين لأن المدة التي حدداها إنما كانت مدة للاختبار فحسب، وما دامت هذه المدة قد انقضت لزيادتها على الحد الأقصى المشروع فلا يكون لهذه الزيادة أي أثر، لا في شأن مدة الاختبار كما انصرفت إرادة المتعاقدين لأنهما لا يملكان ذلك، ولا في شأن تحديد مدة العقد بعد أن تأكد نهائياً لأن إرادة المتعاقدين لم تنصرف إلى ذلك، ويذهب بعض آخر من الفقهاء إلى التفرقة بين حالتين، حالة يصبح العقد فيها غير محدد المدة إذا كان الطرفان يعلمان وقت إبرام العقد بعدم جواز الاتفاق على مدة للاختبار تجاوز الحد الأقصى المشروع حملاً لإرادتهما على قصد الاحتفاظ بمكنة إنهاء العقد بعد إنقضاء هذا الحد الأقصى، وحالة يصبح العقد فيها محدد المدة إلى نهاية المدة المتفق عليها إذا كان الطرفان يجهلان تحريم هذه الزيادة حملاً لإرادتهما على قصد الارتباط إلى نهاية هذه المدة، ولكن هذه التفرقة غير سليمة، إذ تقوم على إمكان الجهل بالقانون رغم أن الإدعاء بمثل هذا الجهل غير مقبول، فضلاً عن إرادة المتعاقدين قد انصرفت في الواقع وفي الحالتين - حالة العلم وحالة الجهل بالتحريم على السواء - إلى أن تكون كل المدة المحددة في العقد مدة اختبار تسمح باستعمال حق الفسخ أو الإنهاء خلالها بالإرادة المنفردة، فلا يكون مقبولاً إذاً افتراض انصراف الإرادة إلى غير ذلك في حال دون الأخرى⁽⁷⁶⁾.

(75) عمران. 1979 - 1980. الوسيط في شرح أحكام قانون العمل. ص. 105. و غام. 1961. قانون العمل. ص. 216.

(76) كيرة. 1979. أصول قانون العمل - عقد العمل. ط3. ص. 285 - 286.

والواقع أنه مادامت المدة القصوى المشروعة قد انقضت دون استعمال حق فسخ العقد أو إنهائه، فمعنى ذلك نجاح التجربة وتخلف الشرط الفاسخ المعلق عليه العقد وتأكد التراضي نهائياً على عقد عمل بات، وما دام لا يمكن أن ينسب إلى المتعاقدين في كل الأحوال على السواء قصد حقيقي إلى تحديد مدة لهذا العقد النهائي بالباقي من المدة المتفق عليها أصلاً للاختبار، فمعنى ذلك أن هذا العقد يكون غير محدد المدة، وهذا هو الرأي الراجح⁽⁷⁷⁾.

والتساؤل الآخر الذي يجد له مكاناً هنا هو: ما الحكم في حالة اتفاق المتعاقدان على شرط الاختبار في عقد العمل ولكن دون تحديد لمدة الاختبار؟

في ذلك يرى جانب من الفقه أن الاتفاق على مدة الاختبار يمثل نوعاً من الشكلية يؤدي انتفاؤها إلى جعل عقد العمل نهائياً، أي أنه يجب أن تكون مدة الاختبار محددة في العقد بشكل صريح، وعلى ذلك فإذا أبرم العقد دون احتوائه على مدة معينة للاختبار فإن العقد ينشأ في هذه الحالة باتاً ولا يكون لصاحب العمل أي حق في الادعاء بأنه أبرم العقد بشرط الاختبار⁽⁷⁸⁾.

ولكن يذهب الرأي الراجح من الفقه إلى أن اشتراط المشرع تحديد مدة الاختبار في عقد العمل إنما هو شرط للإثبات بحيث لا يمنع تخلف النص على مدة الاختبار من انعقاده بهذا الوصف، ويستند هذا الرأي إلى أن ما قصده المشرع من أن عقد العمل تحت الاختبار لا يجوز أن تزيد مدته عن ثلاثة أشهر ينفي أن يكون المقصود بنصها على "أن تحدد مدة الاختبار في العقد" قد فرض نوعاً من الشكلية حمايةً للعامل، فهذه الحماية متحققة بوجود حد أقصى لا يجوز أن تزيد عنه مدة الاختبار سواء حددت أو لم تحدد في العقد، ثم أنه يتعارض مع أصول التكييف السليم القول بعدم صحة العقد كعقد عمل تحت الاختبار لمجرد عدم تحديد مدة الاختبار فيه، إذا ما ثبت من شروط التعاقد وما استظهره القاضي من نية المتعاقدين أن إرادة الأطراف اتجهت حقيقةً إلى إبرام عقد عمل تحت الاختبار وإن لم تتفق على تحديد مدته اكتفاءً بما ورد في النص القانوني، أو اتفقوا عليها وإن لم يضمنوها عقدهم كتابة⁽⁷⁹⁾.

وبالبحث يميل لتأييد هذا الرأي الراجح، فإذا ثبت أن أطراف عقد العمل قد اتفقا على أن يكون عقد العمل تحت شرط الاختبار ولكن أغفلا تحديد مدة الاختبار في العقد، فإنه يجب اعتبار أن مدة الاختبار محددة بالمدة القصوى التي نص عليها القانون أي بثلاثة أشهر، حيث أن وجود الاتفاق الصريح على شرط الاختبار دون تحديد مدته يجب أن لا يتم إهداره، لأنه يعبر عن إرادة طرفا عقد العمل على وجود فترة الاختبار، وإن نقص هذا الاتفاق تحديد مدته فيكملة النص القانوني الذي يحدد المدة القصوى

(77) كوة، 1979، أصول قانون العمل - عقد العمل، ط3، ص. 286. و غانم، 1961، قانون العمل، ص. 216. و زكي، 1983، قانون العمل، ط3، ص. 398.

(78) فتحي عبد الرحيم عبدالله و أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، 1996-1997، شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، الإسكندرية: منشأة المعارف، ص. 92. و موسى، 2014، الوجيز - شرح قانون

العمل والتأمينات الاجتماعية العماني، ج 1، ص. 181.

(79) زهران، 2005، قانون العمل - عقد العمل الفردي، ص. 122-123.

لفترة الاختبار بثلاثة أشهر، وبذلك لن يكون هناك تجاوز للحدود التي رسمها المشرع كضمانة للعامل بأن لا تزيد فترة الاختبار عن المدة القصوى التي نص عليها.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحكمة العليا العمانية بأن: "وضع المشرع حداً أقصى لمدة الاختبار بحيث لا تزيد عن ثلاثة أشهر فإذا اتفق الطرفان على مدة أكثر من ذلك يتعين إنقاص مدة الاختبار إلى الحد الأقصى وهو ثلاثة شهور من تاريخ التعاقد لتعلقه بالنظام العام ويلغى شرط الاختبار عن المدة الزائدة"⁽⁸⁰⁾.

وغني عن البيان أن طرفاً عقد العمل تحت الاختبار يحتفظان دائماً بمكنة تحديد مدة الاختبار لفترة تقل عن الحد الأقصى المقرر قانوناً، ويجوز أن يتفقا على تحديد حد أدنى لمدة الاختبار لإعطاء الفرصة لمن قرر الشرط لمصلحته بأن يحكم حكماً متأنياً على مدى ملائمة العقد له، وفي هذه الحالة لا يجوز إنهاء العقد قبل انقضاء تلك المدة⁽⁸¹⁾.

والحكمة من السماح بالتحديد الاتفاقي لمدة الاختبار بما لا يزيد عن ثلاثة أشهر تكمن في تقرير الحرية التعاقدية للطرفين في تحديد المدة المناسبة لاختبار صلاحية العامل من قبل صاحب العمل أو مناسبة العمل للعامل بحسب نوعية الأعمال ومستويات العمال وتخصصاتهم وظروف المشروع، فالمدة التي تعتبر كافية لفئة قد تعتبر قصيرة بالنسبة لفئة ثانية وطويلة بالنسبة لفئة ثالثة⁽⁸²⁾.

وتحسب مدة الاختبار على أساس الثلاثة أشهر المحددة قانوناً - ما لم يتم الاتفاق على مدة أقل - باعتبار أن الشهر ثلاثين يوماً، وذلك حسب ما نصت عليه المادة 17/1 من قانون العمل العماني والتي يقابلها المادة 2 من قانون العمل المصري، ويبدأ حساب مدة الاختبار من وقت مباشرة العامل للعمل فعلاً وليس من وقت إبرام العقد⁽⁸³⁾، ولما كانت الحكمة من مدة الاختبار هي الكشف للعامل عن مدى ملائمة ظروف العمل ولصاحب العمل عن صلاحية العامل، فإن مدة الاختبار تقف في فترة مرض العامل أو غلق المنشأة أيّاً كان سببه، لتمتد بقدر فترة المرض أو الإغلاق أو على العموم بقدر فترة وقف العمل⁽⁸⁴⁾.

كما وأن المتفق عليه بأنه إذا صادف آخر يوم لفترة الاختبار يوم عطلة أسبوعية أو يوم عطلة بمناسبة عيد من الأعياد أو أي عطلة رسمية أخرى، فإن الاختبار ينتهي في ميعاده ولا يمتد أجله إلى أول يوم عمل، ذلك أن قواعد حساب مواعيد اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في المادة 19 من قانون الإجراءات

(80) الطعن رقم 133/2003. جلسة 2/9/2004م. مجموعة المبادئ والأحكام الصادرة عن الدائرة العقالية بالحكمة العليا لغاية 2004/12/31م. مسقط: المكتب الفني للمحكمة العليا، ص. 75.

(81) صميعة. 2011. قانون العمل. ص. 95.

(82) زهران. 2005. قانون العمل - عقد العمل الفردي. ص. 124.

(83) منصور. 2011. شرح قانون العمل العماني. ص. 215.

(84) ركي. 1983. قانون العمل. ط3. ص. 397.

المدينة والتجارية العماني، والمقابلة للمادة 18 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، لا يعمل بها لدى حساب فترة الاختبار⁽⁸⁵⁾.

إذاً تتفق القوانين والقضاء وغالبية الفقه في الدول المقارنة محل الدراسة على أنه في الأصل يتمتع أطراف عقد العمل بحرية تحديد مدة الاختبار، ولكن المشرعان في القوانين المقارنة قيّدا هذه الحرية بوضع حد أقصى لتلك المدة، فأوجبا أن لا تزيد على ثلاثة أشهر، إلا أن المشرع العماني دون المشرع المصري استثنى من هذا الحد الأقصى لفترة الاختبار فئة العمال الذين لا يتقاضون أجورهم شهرياً وجعل الحد الأقصى لفترة اختبارهم شهراً واحداً فقط، ويتعلق هذا التحديد بالنظام العام وفقاً لأحكام نص المادة 3 من قانون العمل العماني، فإذا اتفق الأطراف على مدة أطول للاختبار يبطل الاتفاق فيما يتعلق بالمدة الزائدة، ويتم انقاص مدة الاختبار إلى ثلاثة أشهر، ويجوز الاتفاق على حد أدنى لمدة الاختبار بقصد التآني في اتخاذ القرار فيما يتعلق بصلاحية العامل أو العمل، وإذا أغفل الأطراف تحديد مدة الاختبار رغم الاتفاق على أن يكون العقد تحت الاختبار، فإن مدة الاختبار تكون الحد الأقصى المحدد قانوناً أي ثلاثة أشهر.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن البعض انتقد تحديد المشرع لمدة قصوى لفترة الاختبار، وذلك لأنه ليس من المنطقي تحديد مدة قصوى واحدة لجميع العمال على إختلاف طبيعة وأهمية أعمالهم مساوياً في ذلك بين العامل اليدوي الذي لا يرد اختباره عادة إلا على مهاراته في أداء عمله التي يمكن الكشف عنها خلال فترة قصيرة، والعامل الفني ذي التخصص العالي والمستخدم الكبير الذي قد يتخذ صاحب العمل منه معاوناً له ويكون لطباعه وصفاته الشخصية وزن لدى هذا الأخير لا يقل عن كفاءته ويستلزم الكشف عن صلاحيته فترة أطول، وإذا كانت مدة الثلاثة أشهر تبدو معقولة للمستخدمين العاديين، فإنها قد تكون قصيرة لكبارهم، أو للفنيين ذوي التخصصات العالية أو الدقيقة، ولكنها فعلاً طويلة للعمال الذين يكفي عادة عدة أيام أو على الأكثر بضعة أسابيع للحكم على قدراتهم، ففي فرنسا مثلاً تحدد فترة الاختبار في الاتفاقات الجماعية كمدة قصوى لا تجوز زيادتها في عقود العمل الفردية، وهي تطول بزيادة أهمية الوظيفة، فتتراوح بين خمسة أيام وأسبوعين للعمال، وشهر أو شهرين للمستخدمين، وشهرين أو ثلاثة أشهر لرؤساء العمال، وثلاثة أشهر أو ستة أشهر لكبار المستخدمين⁽⁸⁶⁾، والباحث يؤيد هذا الانتقاد.

وهناك من يرى بأن المدة القصوى لفترة الاختبار التي حددها المشرع بثلاثة أشهر هي مدة طويلة جداً، وفيها ضياع لحقوق العامل في حالة عدم نجاح التجربة، وذلك لأنها ستحرم العامل من فرصة الحصول

(85) زهران. 2005. قانون العمل - عقد العمل الفردي. ص. 125.

(86) زكي. 1983. قانون العمل. ط3. ص. 396. و علي بن سعيد بن علي المشايخي. 2018. "أحكام عقد العمل تحت الاختبار". مقابلة شخصية. 5 ديسمبر.

على عمل آخر بسهولة باعتبارها وقتاً ضائعاً في هذه الحالة، ويقترح أن تكون المدى القصوى لفترة الاختبار محددة بشهر واحد فقط ويعتبرها مدة كافية وتفي بالغرض المقصود منها⁽⁸⁷⁾.

ثالثاً: عدم تعيين العامل تحت الاختبار أكثر من مرة واحد لدى صاحب العمل نفسه:

بما أن الغاية من عقد العمل تحت الاختبار هي مرور كل من العامل وصاحب العمل بفترة تجربة ليتعرف كل منهما على الآخر في الميدان العملي ويتأكد من ملاءمة الإنخراط في عقد العمل البات له من عدمه، فمقتضى ذلك أن تكون تلك الفترة موقوتة وقصيرة نسبياً، خاصة وأنه خلال تلك الفترة يكون لصاحب العمل مصلحة كبيرة في إطالتها، وذلك لأنه يتمكن خلالها من إنهاء العقد بطريقة سهلة وغير معقدة على عكس ما هو عليه الحال في القواعد المقررة لإنهاء عقد العمل البات من اشتراط السبب والمبرر القانوني إضافة إلى عدم تمتع العامل بمكافأة نهاية الخدمة في حال ما أنهى عقد العمل خلال فترة الاختبار، وحرصاً من المشرع على توقي التحايل على القانون في حالة ما رغب صاحب العمل باستغلال فترة الاختبار في غير الغاية التي وضعت لأجلها، فلم يكتف بتحديد مدة قصوى لفترة الاختبار ليحمي العامل من سلطة صاحب العمل لإبقائه تحت الاختبار أطول فترة ممكنة ليستفيد من تلك القواعد السهلة المقررة لإنهاء العقد في فترة الاختبار، بل قرر أيضاً حصر وضع العامل تحت الاختبار بمرة واحدة فقط لدى صاحب العمل نفسه، ويهدف ذلك إلى حماية العامل من التلاعب بحقوقه المتعلقة باستقرار علاقته القانونية مع صاحب العمل، حتى لا يتمكن صاحب العمل من تجديد فترة الاختبار وتكرارها، وبدون ذلك يستطيع صاحب العمل أن يقوم بتعيين العامل تحت الاختبار لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر، ثم يعين نفس العامل تحت الاختبار لمدة أو مدد أخرى، وذلك ليتسنى له دائماً التخلص من القواعد المقررة لإنهاء عقد العمل البات، ويتمكن من إنهاء العقد وقت ما يشاء وكيف ما يشاء.

ولذلك فقد نص المشرع العماني في المادة 24 من قانون العمل العماني على أنه: "ولا يجوز تعيين العامل تحت الاختبار أكثر من مرة واحد لدى نفس صاحب العمل"، كما ونص المشرع المصري في المادة 33 من قانون العمل المصري على أنه: "ولا يجوز تعيين العامل تحت الاختبار لمدة تزيد على ثلاثة أشهر أو تعيينه تحت الاختبار أكثر من مرة واحد لدى صاحب عمل واحد".

ويتبين من ذلك أن القوانين المقارنة اتفقت على هذه القاعدة المتمثلة بعدم جواز تعيين العامل تحت الاختبار أكثر من مرة واحدة لدى صاحب العمل نفسه، ومن ثم فإذا عمل العامل تحت الاختبار لدى صاحب العمل وأنهى العقد خلال فترة الاختبار، فلا يجوز تعيينه لدى ذات صاحب العمل مرة أخرى تحت الاختبار، وإذا قام الطرفان بعد انتهاء عقد العمل تحت الاختبار بإبرام عقد عمل جديد وضمّنه

(87) أحمد عبدالغني العطار. 2018. "أحكام عقد العمل تحت الاختبار". مقابلة شخصية. 19 ديسمبر.

شرط الاختبار، فإن العقد الثاني يعتبر عقد عمل بات رغم وصف المتعاقدين له بأنه عقد عمل تحت الاختبار، حتى ولو كانت مدة العقد الأول تقل عن ثلاثة أشهر⁽⁸⁸⁾.

ويتضح من ذلك أن المشرعين أرادوا تدعيم الحماية الخاصة بالعمّال، وذلك بمنع إمكانية التحايل على قيد المدة، فلولا هذا الحظر لجاز لصاحب العمل أن يعين العامل أكثر من مرة تحت الاختبار، إذا إلتزم بالحد الأقصى لمدة الاختبار في كل مرة على حدة، ويؤدي منطق الحظر ومنع التحايل المشار إليه إلى وجوب إعماله حتى ولو كان التعيين في المرة الثانية لأداء عمل يختلف عن المرة الأولى، ومع ذلك فقد يؤدي الحظر المطلق لإعادة تعيين العامل تحت الاختبار لدى صاحب العمل نفسه إلى الإضرار بمصالح العامل، لإعادة التعيين ليست بالضرورة ضد مصالح هذا الأخير، بل قد تفتح له فرص جديدة لإثبات كفاءته سواء في ذات العمل أو في عمل مختلف لدى نفس صاحب العمل⁽⁸⁹⁾.

لذلك انتقد بعض من الفقه عدم إمكانية وضع العامل تحت الاختبار أكثر من مرة واحدة لدى صاحب العمل نفسه وذلك لأنه لا ضرورة لذلك مع وجود مدة قصوى للاختبار تتناسب مع طبيعة العمل، لأن تحريم تجديد فترة الاختبار إذا كان يجنب العامل من غش صاحب العمل سيء النية فإنه قد يكون ضاراً به إزاء صاحب العمل حسن النية الذي يحدد للاختبار فترة قصيرة لم تمكنه من الكشف عن قدرات العامل، فلا يجد مناصاً من إنهاء العقد معه حتى لا يبرمه نهائياً مع عامل لا يطمئن تماماً إلى صلاحيته، في حين أن تجديد المدة يتيح للعامل فرصة أخرى لإثبات جدارته، ويفتح أمامه الأمل بالبقاء في عمله، ويكفي حماية له ألا تزيد فترات الاختبار مهما تعددت عن المدى القصوى⁽⁹⁰⁾.

وقد توسّع جانب من الفقه في تفسير غاية المشرع من هذه القاعدة وقالوا بأن حظر المشرع لإعادة تعيين العامل تحت الاختبار لأكثر من مرة واحدة يتعلق بطبيعة العمل الذي يختبر فيه العامل، بمعنى أنه إذا فشلت تجربة العامل في القيام بعمل معين فليس ثمة ما يمنع من أن يعهد إليه صاحب العمل بعمل آخر تحت شرط الاختبار، فالحظر المقرر على الاختبار أكثر من مرة لدى صاحب عمل واحد، مرتبط بوحدة العمل الذي استخدم العامل لأدائه، أما إذا كان العمل تحت الاختبار في المرة الثانية يختلف عن العمل الأول بما ينفي شبهة التحايل على القانون، فإن الحظر لا يسري لأن السماح به لا يتعارض وصريح نص القانون، كما أنه في مصلحة العامل، إذ يتيح أمامه فرصة ثانية للحصول على عمل آخر لدى صاحب العمل نفسه⁽⁹¹⁾، ولكن في حالة تعيين العامل للمرة الثانية يجب التأكيد على أنه ينبغي أن يختلف العمل الجديد اختلافاً جوهرياً عن العمل السابق ليخضع العامل لفترة اختبار جديدة لدى صاحب العمل

(88) صميّدة. 2011. قانون العمل. ص. 95. و منصور. 2011. شرح قانون العمل العماني. ص. 215.

(89) عبدالرحمن و مطر. 1987. قانون العمل. ص. 128-129.

(90) زكي. 1983. قانون العمل. ط 3. ص. 397.

(91) البرعي. 2001. الوجيز في القانون الاجتماعي - عقد العمل الفردي. ج 1. ص. 248.

نفسه، أما إذا كان هناك تماثل أو تقارب بين العاملين، فإن ذلك ينبئ عن قصد التحايل على القانون، ويكون العقد الجديد بائناً وغير محدد المدة⁽⁹²⁾.

كما ويرى البعض أنه يجب لجواز تعيين العامل تحت الاختبار أكثر من مرة واحدة لدى نفس صاحب العمل ليس فقط أن يكون العمل الثاني مختلفاً بشكل جوهري عن العمل الأول، بل أيضاً يجب أن يكون التعيين للمرة الثانية بسبب فسخ عقد العمل تحت الاختبار في المرة الأولى، بمعنى أن لا يحدث التعيين للمرة الثانية بعد أن أصبح عقد العمل تحت الاختبار بائناً في المرة الأولى، ففي هذه الحالة فقط يمكن أن يتم تعيين العامل تحت الاختبار لأكثر من مرة واحدة لدى صاحب العمل نفسه⁽⁹³⁾.

ولكن رغم تلك الانتقادات، والتوسع في تفسير النص من قبل الفقهاء، يبدو أن موقف القضاء كان جازماً بالأخذ بحرفية النص وتقريره حظر تعيين العامل تحت الاختبار أكثر من مرة واحدة لدى صاحب العمل نفسه بشكل مطلق، ففي القضاء العماني قررت المحكمة العليا بأن: "ظاهر النص في المادة 24 من قانون العمل يقضي بعدم جواز تعيين العامل تحت الاختبار لمدة تزيد على ثلاثة أشهر بالنسبة للعامل الذي يتقاضى أجره شهرياً أما العامل الذي يتقاضى راتبه خلافاً لذلك فلا يجوز تعيينه في الاختبار لمدة تزيد على شهر وأن هذه المدة تدخل في خدمة العامل بعد اجتيازها كما لا يجوز تعيين العامل تحت الاختبار أكثر من مرة"⁽⁹⁴⁾.

كما أن القضاء المصري قد سلك الطريق نفسه وأخذ بهذا الحظر على إطلاقه، وذلك عندما قضت محكمة النقض المصرية: "بعدم جواز تعيين العامل تحت الاختبار أكثر من مرة لدى صاحب العمل نفسه"⁽⁹⁵⁾.

والباحث يرى أنه كان من الأفضل لو لم يتم إطلاق النص بعدم جواز تعيين العامل تحت الاختبار مرة أخرى لدى صاحب العمل نفسه، والتأني من قبل المشرع في صياغة النص وتوسع القضاء في تفسيره، ذلك أن الغاية الرئيسية من هذه القاعدة هي ضمان حماية أكبر للعامل من تحايل صاحب العمل على القانون بتجديد مدة الاختبار لمجرد استغلاله تلك المدة ليستفيد من القواعد السهلة المقررة لإنهاء عقد العمل تحت الاختبار والتملص من القواعد المعقّدة نوعاً ما والمقررة لإنهاء عقد العمل البات، ولكن إذا حدد المشرع المدة القصوى لفترة الاختبار وقام بوضع ضوابط معينة في حالة ما رغب الأطراف بالإتفاق على فترة اختبار جديدة، مثل أن يكون العمل الثاني مختلف تماماً وبشكل جوهري عن العمل الأول،

(92) منصور. 2011. شرح قانون العمل العماني. ص. 215.

(93) علي بن سعيد بن علي المشايخي. 2018. "أحكام عقد العمل تحت الاختبار". مقابلة شخصية. 5 ديسمبر. و أحمد عبد الغني العطار. 2018. "أحكام عقد العمل تحت الاختبار". مقابلة شخصية.

19 ديسمبر.

(94) الطعن رقم 2011/71 عتالي. جلسة 2011/12/19م. مجموعة المبادئ والأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا لعام 2011. مسقط: المكتب الفني للمحكمة العليا. ص. 665.

(95) الحكم الصادر في الطعن رقم 15663 لسنة 76ق، جلسة 2007/8/2م مشار إليه في كتاب موسى. 2014. الوجيز - شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية العماني. ج. 1. ص. 182.

فذلك يكفي ويحقق تلك الغاية وخصوصاً في ظلّ تحديد القانون للمدة القصوى لفترة الاختبار، وفيه فائدة أكبر لكل من العامل وصاحب العمل حسن النية، وبالنسبة للعامل سيعطيه ذلك حظاً أكبر في الحصول على فرصة عمل مختلفة لدى نفس صاحب العمل بعد تعثره في إثبات كفاءته في العمل الأول ويكون عليه أن يثبت كفاءته في العمل الثاني المختلف، وبالنسبة لصاحب العمل حسن النية فإنه سيتمكن من الحصول على فترة اختبار جديدة للحكم على صلاحية العامل بالنسبة للعمل الجديد وذلك أولى من مغامرته مع العامل بعقد عمل بات إذا أبرمه فلن يتمكن من إنجائه بسهولة إذا ما ثبت عدم كفاءة العامل حينها.

إذاً فالأفضل كان لو أنه تم إناطة ذلك الحظر بوحدة العمل الذي استخدم العامل لأدائه واختبر فيه لدى نفس صاحب العمل، وإستبعاد الحظر في حالة ما إذا تم تعيين العامل تحت الاختبار بعمل يختلف بشكل جوهري عن العمل السابق لدى صاحب العمل نفسه.

المبحث الثاني: إثبات عقد العمل تحت الاختبار

تحدث الباحث سابقاً عن أهمية وجود شرط الاختبار كركن خاص في عقد العمل ليصبح موصوفاً بأنه تحت الاختبار، وعن مصير العقد في حالة عدم وجود هذا الشرط، وأنه غالباً ما يتم ذكر شرط الاختبار بشكل صريح في عقد العمل إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى ذلك، وفي هذه الحالة فإن شرط الاختبار يكون مثبتاً قانوناً بقوة العقد المبرم بين الطرفين واتجاه إرادتهما إلى جعل عقد العمل تحت الاختبار ويكون بذلك حجة على طرفيه، ولا يترك مجالاً للتفسير والتأويل، فعقد العمل يكون ثابتاً على وجه اليقين بأنه تحت الاختبار، لكن في حال عدم ذكر شرط الاختبار في العقد، فيثور الجدل و التأويل و التفسير حول آلية إثبات أن عقد العمل هل هو فعلاً تحت الاختبار أم أنه عقد عمل بات، فكيف يتم إثبات أن عقد العمل هو تحت الاختبار عند عدم ذكر شرط الاختبار بشكل صريح فيه؟

لم يرد نص خاص في قانون العمل العماني ولا حتى في قانون العمل المصري يبين كيفية إثبات شرط الاختبار في عقد العمل في حالة عدم النص الصريح على وجود شرط الاختبار في عقد العمل، وفي هذه الحالة فإنه يتم الرجوع في ذلك إلى القواعد العامة التي تحكم إثبات عقد العمل لمعرفة كيفية إثبات شرط الاختبار في عقد العمل.

فقد نصت المادة 21 من قانون العمل العماني على أنه: "يجب أن يكون عقد العمل ثابتاً بالكتابة ومحرزاً باللغة العربية من نسختين لكل طرف نسخة، وإذا كان العقد محرزاً بغير اللغة العربية ترفق به نسخة على الأقل محررة بالعربية يعتمدها طرفا العقد، يكون لها ذات القوة في الإثبات. وإذا لم يوجد عقد عمل

مكتوب جاز للعامل إثبات حقوقه بكافة طرق الاثبات، ويعطى العامل إيصالاً بما يكون قد أودعه لدى صاحب العمل من أوراق وشهادات".

كما جاء في المادة 32/د من قانون العمل المصري بأنه: "إذا لم يوجد عقد عمل مكتوب، للعامل وحده إثبات حقوقه بكافة طرق الاثبات".

في ضوء النصوص القانونية المذكورة يتبين لنا أن المشرعين في القوانين المقارنة محل هذا البحث قد اتفقا على التفريق بين العامل وصاحب العمل من ناحية إثبات عقد العمل الغير مكتوب، فأجازا ذلك للعامل بكافة طرق الاثبات، وحرما صاحب العمل من إثبات العقد في حالة عدم وجود عقد عمل مكتوب، وهذا الكلام ينطبق على عقد العمل تحت الاختبار كونه شرط يتفق عليه المتعاقدان ويدرجانه في عقد العمل.

فاشترط الكتابة في عقد العمل ليس نوعاً من الشكلية وإنما هو للاثبات، ويتأكد ذلك بالرجوع إلى نصوص المواد 21 من قانون العمل العماني و 32/د من قانون العمل المصري المذكورتان أعلاه، حيث أكدّ فيهما المشرعان العماني والمصري على أن يكون عقد العمل مكتوباً، ولكن إذا لم يوجد عقد عمل مكتوب أجازا للعامل اثبات حقوقه بجميع طرق الاثبات، وينبغي على ذلك أنه لا يقبل من صاحب العمل دليلاً على شرط الاختبار ومدته سوى بالكتابة أو ما يقوم مقامها، وإلا كان العقد الحالي من شرط الاختبار ومدته ولم يقدّم دليل كتابي عليهما، عقد عمل عادي في مواجهته، أما بالنسبة للعامل فيجوز له أن يثبت أن العقد تحت شرط الاختبار بكافة طرق الاثبات إذا لم يكن مكتوباً، وبالتالي فإنه يجوز للعامل دون صاحب العمل اثبات شرط الاختبار بكافة طرق الاثبات، في حين لا يكون لصاحب العمل اثبات ذلك إلا بالكتابة⁽⁹⁶⁾.

وكما بيّن الباحث سابقاً في شرح ركن التراضي على شرط الاختبار بأن الأصل أن عقد العمل ينعقد باتاً، ومن ثم فإن شرط الاختبار لا يفترض وجوده في العقد، وعلى من يدعي أن شرط عقد العمل تحت شرط الاختبار إثبات ذلك، وعند الاتفاق على شرط الاختبار فإنه يتم في الغالب النص على ذلك صراحة في العقد، وليس معنى ذلك ضرورة أن يكون شرط الاختبار مكتوباً بطريقة صريحة، بل يجوز استخلاصه ضمناً من بنود العقد و ظروف التعاقد، ولكن يجب أن يثبت بطريقة لا تدع مجالاً للشك أن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى أن يكون العقد تحت شرط التجربة، ويمكن استخلاص قيام شرط الاختبار من ما يجري عليه العمل في المهنة أو الحرفة، أي أن العرف والعادات قد تقوم في إيجادها و يقوم مقام رضا

(96) عبد الصبور. 1985. الوسيط في قانون العمل. ج 1. ص. 383.

الطرفين، ويجوز أن يرد الشرط في لائحة نظام العمل، أو في عقد جماعي منظم للعمل، فمن المقرر أن عقد العمل الفردي يتقيد بشروط عقد العمل الجماعي⁽⁹⁷⁾.

وإذا كان شرط التجربة من الشروط التي يقضي بها العرف فإن العقد يكون تحت التجربة، والعرف المقصود هنا هو عرف المهنة أو الحرفة التي يشتغل فيها العامل، فإذا لم يتفق الطرفان على أن العقد تحت التجربة، ولم يكن هناك عرف أو عقد عمل جماعي يقضي بذلك - كأن يرد فيه النص على أن التعاقد على أعمال معينة لا بد أن يستبق بعقد عمل تحت الاختبار - فالعقد يكون نهائياً، ولا يكفي لإثبات أن العقد تحت التجربة أن يكون المشروع الذي يعمل فيه العامل حديث العهد أو محلاً للتجربة إذا خلا العقد من أية إشارة إلى أن العامل نفسه تحت التجربة، وعلى هذا النحو إذا ادعى صاحب العمل أن العقد تم تحت التجربة لكي يستفيد بذلك من حق انقضاءه بدون تعويض أو إخطار مسبق، فلا يكفي لإثبات ذلك القول بأن المصنع حديث العهد، وأن الصناعة التي أدخلها فيه كانت صناعة مستحدثة⁽⁹⁸⁾.

على ذلك، فإن القوانين والفقهاء في الدول المقارنة تتفق على أن إثبات اقتران العقد بوصف الاختبار أو التجربة يقع على عاتق من يدعي باعتباره يدعي خلاف الأصل المتمثل في أن العقود تبرم عادةً بطريقة باتة، وتختلف وسيلة الإثبات بحسب ما إذا كان عبء الإثبات يقع على عاتق العامل أو صاحب العمل، حيث يجري على عقد العمل تحت الاختبار نفس ما يجري على عقد العمل البات بشأن الإثبات.

فبالنسبة لصاحب العمل فإنه لا يستطيع إثبات إدعاءه إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار أو يمين، سواءً في ذلك أكان عقد العمل غير مكتوب أو كان مكتوباً وخالياً من شرط الاختبار⁽⁹⁹⁾.

أما بالنسبة للعامل فإنه إذا لم يكن عقد العمل مكتوباً جاز له إثبات إدعاءه بجميع طرق الإثبات، أما إذا كان العقد مكتوباً وخالياً من شرط الاختبار فلا يمكن للعامل أن يثبت عكس الكتابة إلا بالكتابة، فلا يمكنه أن يدعي وجود شرط الاختبار إذا لم تكن مدة الاختبار محددة كتابة في العقد، وتثبت للعامل مصلحة في إثبات شرط الاختبار إذا هو أراد أن يتخلص من العقد دون التقيد بالقواعد الخاصة بالإلغاء في العقد غير محدد المدة⁽¹⁰⁰⁾.

(97) منصور. 2011. شرح قانون العمل العماني. ص. 213.

(98) حمدان، حسين عبداللطيف. 2005. قانون العمل - دراسة مقارنة. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. ط 1. ص. 280.

(99) زهران. 2005. قانون العمل - عقد العمل الفردي. ص. 122.

(100) البرعي. 2001. الوجيز في القانون الاجتماعي - عقد العمل الفردي. ج 1. ص. 249-250.

وتطبيقاً لذلك فإذا تنازع أطراف عقد العمل غير المكتوب بشأن وجود أو عدم وجود شرط الاختبار، فيكون للعامل وحده إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، أما بالنسبة لصاحب العمل فلا يجوز له إثبات ذلك أو أية مستحقات له تتصل بعلاقة العمل إلا بالكتابة⁽¹⁰¹⁾.

(101) موسى. 2014. الوجيز- شرح قانون العمل والتأمينات الإجتماعية العماني. ج 1. ص. 183.