**الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**

**وزارة التعليم العالي والبحث العلمي**

**جامعة وهران**

**كلية الحقوق**

**قسم القانون الخاص**

**عنوان الرسالة:**

**الخطأ الشخصي كسبب لتسريح العامل**

**-دراسة مقارنة-**

**رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الإجتماعي**

**مقدمة من طرف الطالب:**

**تحت إشراف الدكتورة:**

* **حمدان ليلى**
* **تيرس مراد**

**أعضاء لجنة المناقشة:**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **رئيسا** | **بولنـوار مـليكة** | **أستاذة جامعة وهران** |
| **مقرّرا** | **حـمـدان ليـلى** | **أستاذة جامعة وهران** |
| **مناقشا** | **بومـدين كـمال** | **أستاذ جامعة سيدي بلعباس** |
| **مناقشا** | **طيبـي بن علـي** | **أستاذ جامعة سعيدة** |
| **مناقشا** | **تـابـت دراز أحــلام** | **أستاذة محاضرة - أ - جامعة وهران** |
| **مناقشا** | **قادة بن علي** | **أستاذ جامعة سيدي بلعباس** |

**2010-2011**

**A025.TIF**

**ربّ اشرح لي صدري،**

**ويسّر لي أمري،**

**واحلل عقدة من لساني، يفقهوا قولي.**

**صدق الله العظيم**

**(سورة طه الآية 24)**

كلمة شكر

أتقدم بالشكر الجزيل والتقدير الكبير لأستاذتي الفاضلة الأستاذة الدكتورة: **حمدان ليلى**.

التي مكنتني من إنجاز هذه الرسالة بفضل:

* ما بدلته معي من مجهودات.
* بفضل صبرها معي.
* بفضل ما قدّمته لي من معلومات قيّمة.

فأسأل الله تعالى أن يجزيها عمّا بدلته معي، خير الجزاء.

إهداء

إلى الوالدين الكريمين.

إلى زوجتي الفاضلة.

إلى قرّة عيني وأعزّ ما أملك "إبني وائل محمد صالح"

إلى إخوتي وأخواتي.

إلى كل من يبحث فيما يجب أن يكون عليه قانون العمل في الجزائر.

أهدي عملي هذا...

مقدمــة

لقد اكتسى قانون العمل في العالم المعاصر مصداقية واقعية لا تضاهيها إلا قيمة القانون المدني في عراقته وتربّعه على عرش الفروع المنتسبة للقانون الخـاص.

ومردّ هذه الأهمية يرجع إلى معالجته للحياة الاجتماعية، وضبط مسيرتها الاقتصادية في ظل تزايد نسبة العمل المأجور في جميع دول العالم نظرا لما يوفره هذا القانون من مرونة وسهولة في ضبط التزامات وحقوق طرفي علاقة العمل.

هذه العلاقة مبنية على مصلحتين متناقضتين، مصلحة رب العمل في الحفاظ على مؤسسته وفعالية إنتاجها، ومصلحة العامل الأجير في الحفاظ على منصب عمله وما يرتبط به من حقوق ومزايا دون التعرض للتعسّف والضغط من طرف رب العمل أو أحد المسيرين الذين ينوبون عنـه.

ولتمييز قانون العمل عن باقي فروع القانون الأخرى، تواتر تاريخيا استعمال معياري التبعية الاقتصادية والتبعية القانونية، فتعني الأولى أن يكون العامل الأجير كطرف جوهري في علاقة العمل مرتكزا في مواجهة حاجياته الاقتصادية على رب العمل دون أن يكون له مصدر رزق آخر، و أما التبعية القانونية فتعني خضوع العامل الأجير لتوجيهات رب العمل و إشرافه، و إمكانية تعرضه للتأديب في حالة انتهاك أحـد الالتزامات المفروضة عليه قانونا.

لقد تطور قانون العمل في فرنسا، وشهدت أحكامه قبل وبعد الثورة الصناعية انقلابا جذريا في مفاهيم النظام الرأسمالي الذي كان سائدا، والذي كانت تطغى عليه مظاهر الاستغلال وتعسّف أرباب العمل، نجم عنها وضعية البؤس التي تجرعها العمال الأجراء لحقب زمنية طويلة.

فقد ذاق هؤلاء جحيم الرق والعبوديـة، بحيث كان النظام الإقطاعي الذي ساد في العصور الوسطى يعطي للسيد الإقطاعي الحق في تملك العمال العاملين في أرضه وعدم مغادرتها إلا بإذنه، مع العمل سخرة بدون أجر بعض الأيام من كل أسبوع لذا أطلق عليهم برق الأرض[[1]](#footnote-2).

ولما زالت الإقطاعيات وحلت محلها فكرة الدولة في العصور الوسطى، لم يكن من شأن ذلك أن تبرز منه فكرة عقد العمل لأن نظام الطوائف أغنى عن ذلك بتوفيره لنظام دقيق لعلاقات العمل.

فكان شيخ الطائفة له سلطة انضمام عامل ما إلى طائفة يرأسها، لممارسة نشاطه المهني بها، وهو الذي يفصل في النزاعات التي تنشأ بين أفراد طائفته.

وعندما قامت الثورة الفرنسية عام 1789 تم إلغاء نظام الطوائف وأرست مبادئها في إقامة نظام حر اقتصاديا وسياسيا وقانونيا، الذي كان مؤداه ترك العلاقة بين العامل ورب العمل تحكمها قوانين العرض والطلب في سوق العمل بحرية كاملة.

فكل من رب العمل والعامل لهما الحرية المطلقة في أن يتعاقداويتفقا على شروط وتفاصيل العلاقـة على الوجه الذي ترتئيه إرادة كل طرف، وهو ما كان يطلق عليه بمبدأ سلطان الإرادة[[2]](#footnote-3).

وإذا كانت فكرة العقد قد ظهرت لأول مرة في تنظيم علاقة العمل على إثر قيام الثورة الفرنسية، إلاّ أن شكل العقد الذي كان يحكم علاقة الطرفين كان يطلق عليه تعبير عقد إيجار الخدماتLouages de service بمقتضىهذه العلاقة يقوم رب العمل باستئجار قوة ونشاط العامل على وجه يكون فيه العامل مؤجرا ورب العمل مستأجرا[[3]](#footnote-4).

ولما تم توجيه نقد كبير لعقد إيجار الخدمات لكونه يتجاهل الصفة الإنسانية للعامل ظهر مصطلح عقد العملContrat de travailفي نهاية القرن 19 مزيلا الطابع المادي البحث للعلاقة بين رب العمل والعامل، وهو ما أكّده التشريع الفرنسي عام 1973 بحيث نص في المادة 1 على اصطلاح عقد العمل عند حديثه عن التسريح.

ولم يأت هذا الموقف إلا بعد نضالات العمال التي اتخذت شكل تجمعات عديدة في عديد من الدول الرأسمالية بغية المطالبة بالحقوق و اشتراط حماية فعالة من الاستغلال والغبن.

فكان أن تحققت وحدة العمال وتجمعت صفوفهم لتحقيق مطالبهم، فتم حصولهم على الحق في الراحة الأسبوعية والحق في العطلة السنوية وحق ممارسة الإضراب وغيرها من الحقوق التي تبدو اليوم من الحقوق البديهية التي لانقاش في تمتع أي أجير بها.

لقد كان للحربين العالميتين، لاسيما الحرب العالمية الثانية، الأثر البالغ في دفع حكومات دول العالم إلى إعادة النظر في وضعية العمال الأجراء لما لعبته هذه الطبقة في مجابهة آثار الحرب على المجتمعات، والتحدي الذي شكلته في الحفاظ على القدر الأدنى لحيوية الاقتصاد العالمي، فكان أن تقررت حقوق أساسية في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948.

لقد تعززت حقوق العمال الأجراء ببروز نمط اقتصادي مناهض للنمط الرأسمالي، تزعمه الاتحاد السوفياتي سابقا الذي ظهر عقب نجاح الثورة البلشفية في روسيا مباشرة عقب الحرب العالمية الأولى.

وهو الإتحاد الذي ظل يراقب مقتضيات العلاقات الدولية ويعمل على نشر الأفكار الشيوعية، دون أن يكون له وزن حقيقي لغاية اندلاع الحرب العالمية الثانية التي خرج منها منتصرا جرّاء ما قدمه من تضحيات في دحر القوة الألمانية آنذاك.

ولقد برز الاتحاد السوفييتي كقطب متزعم للفكر الشيوعي الذي يجعل من طبقة البروليتاريا "العمال الأجراء" السند القوي، والتي يجب أن تكون محل حماية دائمة من قبل الدولة لأنها هي الطبقة التي سيؤول لها أمر تنظيم المجتمع عقب الزوال التدريجي للدولة كنظام مركّب.

هذا الفكر سارت خلفه دول عديدة بدرجات متفاوتة[[4]](#footnote-5)، وكانت الجزائر التي ارتبطت تاريخيا بالدولة الرأسمالية عن طريق الاستعمار[[5]](#footnote-6)،الخيار بعد الاستقلال في الاستمرار بالعمل بالقواعد الموروثة عن الدولة الفرنسية، أو تغييرها بقواعد أخرى مناسبة لظروف تلك المرحلة.

فكان أن وقع الاختيار على النهج الاشتراكي الذي تمت ترجمته في دستور 1963 وتم تكريسه بعد التصحيح الثوري في 19 جوان 1965 ليعاد التأكيد عليه بمناسبة دستور 1976.

وعلى امتداد هذه المرحلة والى غاية دستور 1989 شهد النظام القانوني الجزائري محاولات جادة للتخلي عمّا كان سائدا من قوانين وتنظيمات.

وككل فروع القانون الأخرى شهدت المؤسسة الجزائرية منظمة بقانون العمل، صدور تشريعات غزيرة كان أولهاقانون 90/02 المؤرخ في 26/02/1990 المتعلق بالوقاية وتسوية النزاعات الجماعية في العمل وممارسة حق الإضراب، وقانون 90/03 المؤرخ في 26/02/1990 المتعلق بمفتشية العمل، و قانون 90/04 المؤرخ في 26/02/1990 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ليأتي قانون 90/11 المؤرخ في 21/04/1990 لينظم علاقات العمل بصفة شاملة، ثم يظهر قانون 90/14 المؤرخ في 02/06/1990 المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي.

غير أن أكثر المواضيع في قانون 90/11 بوصفه قانونا شاملا لكل ما تقتضيه علاقة العمل الأجرية، التي استدعت تدخل المشرّع الجزائري عدة مرات، هو موضوع التسريح التأديبي للخطأ الذي يرتكبه العامل الأجير.

ولقد كانت المادة 73 من قانون 90/11 في أول الأمر تسمح لرب العمل بتحديد الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها العامل الأجير وتكون سببا في تسريحه تأديبيا، ليتم العدول عن ذلك بعد أن ظهر تعسّف أرباب العمل في تحديد هذه الأخطاء الأمر الذي نجم عنه كثرة النزاعات المتعلقة بالتسريح التأديبي، فجاء تعديل هذه المادة بقانون 91/29 المؤرخ في 21/12/1991 الذي حدّد قائمة للأخطاء الجسيمة التي تجيز تسريح العامل تأديبيا إذا ما ارتكب أحد تلك الأخطاء.

واكتفت المحكمة العليا بالاعتماد على تلك القائمة في القول بعدم وجود حالات أخرى للخطأ الجسيم مضافة إلى تلك القائمة، وهو ما تخلت عنه لاحقا بقرار صدر لها في عام 2004 معتبرة أن عبارة على الخصوص تفيد بأن تلك القائمة هي على سبيل المثال، وأن رب العمل يمكنه أن يقوم بالتسريح لوقائع أخرى تشكل خطأ جسيما بالقياس على تلك الأخطاء التي ذكرها المشرّع الجزائري.

ولم يتوقف التناقض الذي أحدثته المادة 73 من قانون 90/11 عند مشكلة الأخطاء المذكورة هل هي على سبيل الحصر أم على سبيل المثال، بل تعدت ذلك -بعد وضعها موضع التطبيق- إلى وجود فراغات كان لابد من التصدي لها بالتتميم.

فكانت المادة 73 مكرر1 التي تحدثت عن ضرورة أن يراعي المستخدم لدى إقدامه على تسريح العامل الأجير ظروف ارتكابه للخطأ ومسلكه اتجاه ممتلكات المؤسسة لغاية ارتكابه للخطأ...

ثم المادة 73 مكرر2 التي نصت على الإجراءات الواجب إتباعها في حالة التسريح التأديبي، والحديث عن التعسّف في ذلك بمادة أخرى هي المادة 73 مكرر3، والتعويض عن التسريح خرقا للإجراءات القانونية و/أو الاتفاقيات الملزمة بالمادة 73 مكرر4، ومهلة العطلة بالمادة 73 مكرر5 والمادة 73 مكرر6.

فإنطاقا من هذا الواقع التشريعي الذي شهدته المادة 73 منذ صدورها بقانون 90/11 والذي تمت ترجمته بالتعديل والتتميم إلى غاية الأمر 96/21 المؤرخ في 09/07/1996 وما رافق هذه المرحلة من تضارب في مواقف المحكمة العليا، ارتأينا أن ندرس موضوع الخطأ الشخصي كسبب لتسريح العامل دراسة مقارنة.

وهي الدراسة التي ستمكننا من معرفة الأسباب التي كانت وراء عدم وجود نظام تأديبي للتسريح متكامل ومتجانس بين مواده القانونية.

هذه الأسباب شكّلت دافعا لدينا لاختيار هذا الموضوع ومحاولة الإجابة عن إشكالية أساسية تتمثل في:

هل يوجد نظام تأديبي للتسريح لخطأ شخصي بشكل متكامل ومتجانس دون فراغات قانونية لا تخدم مصلحة الطرفين و لا مصلحة الاقتصاد الوطني؟

هذه الإشكالية هي محور دراستنا في هذه الرسالة ونأمل أن نصل إلى الإجابة عنها إجابة علمية مؤسّسة.

وللوصول إلى ذلك اعتمدنا خطة علمية على الشكل التالي:

**الباب الأول: المركز القانوني لطرفي علاقة العمل والخطأ الموجب لتسريح العامل تأديبيا.**

**الباب الثاني : قيـود التسريـح التأديبـي لخطـأ شخصـي وآثـاره.**

الباب الأول

المركز القانوني لطرفي علاقة العمل

والخطأ الموجب لتسريح العامل تأديبيا

لقد خصصنا هذا الباب الأول إلى الحديث عن النظام القانوني لطرفي علاقة العمل.

وفي إطار ذلك خصّصنا الفصل الأول للتعريف بالعامل ورب العمل وصور انتهاء العلاقة بينهما، وذلك في مبحثين:

المبحث الأول للحديث عن مصطلحي العامل ورب العمل واستبعاد بعض الفئات العمالية والمبحث الثاني للحديث عن الصور المختلفة لإنهاء عقد العمل.

وأما الفصل الثاني فخصصناه للخطأ الشخصي الموجب لتسريح العامل تأديبيا في مبحثين المبحث الأول تحدثنافيه عن الخطأ الموجب للتأديب، ثم حالات التسريح لخطأ شخصي الواردة في قانون العمل وأساس توقيعه في مبحث ثاني.

فكان كل ذلك ضمن الفصلين التالين:

**الفصل الأول :** التعريف بالعامل ورب العمل وصور انتهاء العلاقة بينهما.

**الفصل الثاني :** الخطأ الشخصي الموجب لتسريح العامل تأديبيا.

الفصل الأول:

المقصود بالعامل ورب العمل

وصور انتهاء العلاقة بينهما

إن العامل الأجير الخاضع لأحكام قانون العمل تتم إفادته بالحقوق ومحاسبته على تنفيذ التزاماته طبقا لما نصت عليه هذه الأحكام.

ومن ثمة كان من الضروري حصر معناه قانونا حتى لا يستفيد من هذه الأحكام شخص آخر يقدم نشاط من نوع آخر، أو أن يسأل عن التزامات لا وجود لها طبقا لطبيعة وضعه القانوني.

وكذلك الشأن بالنسبة لرب العمل فلا يمكن لهذا الأخير مثلا و بوصفه الخاضع لأحكام قانون العمل، من أن يقدم على عمل غير مسموح له القيام به اتجاه العامل إذا ما كان وضعه القانوني يفيد نشاطا مغايرا يبتعد عن النشاطات الخاضعة لقانون العمل.

ولتوضيح ذلك ندرس تباعا في مبحثينما يلي :

**المبحث الأول :** مفهوم مصطلحي العامل ورب العامل.

**المبحث الثاني :**الصور المختلفة لإنهاء عقد العمل من جانب المستخدم.

**المبحث الأول: مفهوم مصطلحي العامل ورب العامل.**

لابد من التطرق لمصطلحي العامل الأجير و رب العمل لتمييزها عن مصطلحات أخرى يمكن أن تؤدي نفس المعني كالموكل في عقد الوكالة أو الشريك في عقد الشركة، وذلك في المطالب التالية:

**المطلب الأول:التعريف بمصطلح العامل الأجير.**

**المطلب الثاني:التعريف بمصطلح رب العمل.**

**المطلب الثالث: طبيعة العلاقة بين العامل و صاحب العمل.**

**المطلب الأول: التعريف بمصطلح العامل الأجير.**

تنص المادة 2 من قانون 90/11 على أنه "يعتبر عمالا أجراء في مفهوم هذا القانون كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب في إطار التنظيم، ولحساب شخص آخر، طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص يدعى المستخدم"[[6]](#footnote-7).

فحتى نكون بصدد عامل يخضع لأحكام عقد العمل الفردي بحسب قانون العمل أو المراسيم الموضحة لأحكامه، يجب توافر الشروط التالية :

**الفرع الأول: أن يكون عاملا.**

والعامل هو الشخص الذي يقوم بالعمل وهو الشخص الطبيعي الذي تم التعاقد معه لتأدية العمل، وقد يكون العمل إما يدويا كتقطيع الخشب في ورشة معدة للنجارة، أو عملا فكريا كالمهندس المختص في تحديد نوعية المواد المستعملة لتكرير الغاز في مصنع ينتج لقاحات معينة.

كما يتضح من نص المادة السابق أن المشرّع اشترط تأدية العمل من طرف الأشخاص، فكل هؤلاء بتأديتهم لعمل معين لصالح شخص آخر طبيعي أو معنوي يعتبرون في عداد العمال الخاضعين لأحكام قانون العمل، وإن كان هناك نقص من حيث التدقيق إذ كان من الأجدر القول بتعريف العامل على أنه يعني كل ذكر أو أنثى من العمال، مثلما نص عليه المشرّع المصري في المادة الأولى من قانون العمل رقم 371/1952 التي نصت على: "يقصد بكلمة عامل كل ذكر أو أنثى من العمال والمستخدمين" ليقوم بتعديل هذه المادة بقانون1981في المادة 1 على أنه "يقصد في تطبيق أحكام هذا القانون بالعامل كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر" لأن الشخص الاعتباري لا يمكنه أن يؤدي نشاطه بنفسه و لكن عن طريق ممثلين من الأشخاص الطبيعيين[[7]](#footnote-8).

وهذه الصفة الإنسانية لا تتوافر إلا إذا كان من يقوم بالعمل هو شخص طبيعي، مستندين على أن قانون العمل كقانون اجتماعي لم ينشأ إلا لحماية الصفة الإنسانية للعامل مثل تحديد الحد الأقصى لساعات العمل والحد الأدنى للأجور وضمان سلامة العامل أثناء عمله وحماية النسـاء العاملات...الخ ، المواد 5،6،29 من قانون 90/11.

وأما نشاط الشخص الطبيعي فقد يؤدي عملا ماديا كمن يقوم بتعليب المنتوج، أو عملا حرفيا كالنجار أو الحداد ، أو عملا عقليا كالمهندس والمحاسب، كما أنه لا يهم التسمية التي يطلقها الطرفان فقد يطلق على مـن يعمل لفظ عامل Ouvrier أو مستخدمEmployée أو أجيرSalarié[[8]](#footnote-9).

ويجب أن نكون بصدد شخص طبيعي، وألا يقل عمره عن 16 عاما وقت إبرام العقد، وقد استثنى المشرّع في قانون العمل بعض الطوائف من الخضوع لأحكامه فهل يشترط في الشخص الطبيعي لتكون له صفة العامل ألا يستثنيه المشرّع من أحكام قانون العمل؟

إن عدم استبعاد العامل من أحكام قانون العمل قد لا يكون في كل الأحوال شرطا لازما لاكتساب صفة العامل الخاضع لأحكام قانون العمل لأن هذا الاستبعاد يرجع في الغالب إلى خضوع الشخص لتنظيم قانوني خاص بعقد العمل الفردي بالنسبة للطائفة التي ينتمي إليها هذا الشخص على صيغة أنه في حالة عدم وجود نص بهذا التنظيم الخاص يتم الرجوع إلى أحكام قانون العمل[[9]](#footnote-10).

فإذا لم يوجد نص في قانون العمل تم الرجوع للأحكام الواردة في القانون المدني[[10]](#footnote-11)فتكون للشخص الطبيعي صفة العامل ولو كان مستثنيا من الخضوع لأحكام قانون العمل لأنه سيخضع لأحكام أخرى غير واردة فيه بل واردة في التنظيم الخاص لوظيفة معينة أو في القانون المدني كدرجة ثالثة، وذلك كله عملا بقاعدة الخاص يقيد العام ولو كان لاحقا له.

يتضح إذن أن أحكام عقد العمل الفردي ليست كلها واردة في قانون العمل فمنها الوارد بقانون العمل، ومنها الوارد في القانون المدني ومنها الوارد في التنظيم القانوني الخاص بطائفة من العمال.

وأما موقف الشريعة الإسلامية من تعريف العامل، فان فقهاء الإسلام تناولوا تعريفه في مجال الحديث عن الإجارة وذلك تحت عنوان "إجارة الآدمي" أو "إجارة أهل الصنائع" فقد نصت المادة 562 من مجلة الأحكام العدلية[[11]](#footnote-12) على أنه يجوز إجازة الآدمي للخدمة أو لإجراء صنعة ببيان مدة أو بتعيين العمل بصورة أخرى ويسمى العامل بالأجير ويسمى صاحب العمل بالآجر.

ونصت المادة 600 من مرشد الحيران[[12]](#footnote-13)على أنه تجوز إجارة الآدمي للخدمة أو لغيرها من أنواع العمل مع بيان المدة أو تعيين قدر العمل وكيفيته، ونصت المادة 601 منه على أن الأجير قسمان خاص ومشترك، والأجير الخاص هو الذي يعمل لغيره واحدا كان أو أكثر عملا مؤقتا مع اشتراط التخصيص عليه و عدم العمل لآخر، هذا إذا قدم ذكر العمل في العقد على الوقت، أما لو قدم الوقت على العمل كأن استأجره شهرا لرعي غنمه فلا يشترط التخصيص بل انتفاء التعميم و يستحق الأجرة إذا حضر للعمل مع تمكنه منه و إن لم يعمل، والأجير المشترك هو الذي يعمل لا لواحد مخصوص أو لجماعة مخصوصة، عملا غير مؤقت أو عملا مؤقتا بلا اشتراط التخصيص عليه[[13]](#footnote-14).

ودائما في أفكار الشريعة الإسلامية بشأن أساس اشتراط أن يكون العامل شخصا طبيعيا، ذهب رأي إلى أن أداء العمل يتطلب من العامل بذل جهد عضلي أو فكري وهو لا يتسنى إلا إذا كان العامل شخصا طبيعيا[[14]](#footnote-15).

وقد انتقد رأي آخر وجهة النظر السابقة باعتبار أن الشخص الاعتباري يكون قادرا على ممارسة النشاط عن طريق ممثليه وهم أشخاص طبيعيون يقومون بالعمل باسم الشخص الاعتباري ولمصلحته، فيكون في إمكان الشخص الاعتباري القيام بالجهد والعمل الذي يقوم به الشخص الطبيعي عن طريق من يمثله في ممارسة نشاطه.

لذا رأت أغلبية الفقه أن اشتراط أن يكون العامل شخصا طبيعيا يرجع لاعتبار آخر هو حماية الطابع الإنساني لمن يقوم بأداء العمل[[15]](#footnote-16).

ويجب التذكير أن سن العامل لا يجب أن يقل عن ستة عشرة سنة، بحيث نصت المادة 15 من قانون 90/11[[16]](#footnote-17)على ما يلي: " لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن ست عشرة سنة إلا في الحالات التي تدخل في إطار عقود التمهين التي تعد وفقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما.

ولا يجوز توظيف القاصر إلاّ بناءا على رخصة من وليه الشرعي. كما أنه لا يجوز استخدام العامل القاصر في الأشغال الخطيرة أو التي تنعدم فيها النظافة أو تضر صحته أو تمس بأخلاقياته".

ويفهم من هذا النص أن الشخص الطبيعي لن تكون له صفة العامل إلا إذا كان بالغا سن السادسة عشرة سنة ميلادية كاملة وقت إبرام العقد معإمكانية أن يكون تحت التدريب في إطار عقود التمهين المعدة وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما[[17]](#footnote-18).

وإذا كان قانون العمل قد حدّد الحد الأدنى لسن العمل، إلا أنه لم يحدد الحد الأقصى لسن العامل، فيكون الشخص الطبيعي- بمعنى المخالفة- قادرا على حمل صفة العامل مهما بلغ سنه، إلا إذا كانت أعمال خطيرة بطبيعتها تستلزم التمتع بلياقة بدنية مثلا، لا يتمتع بها سوى الذين لهم سنا معينة.

**الفرع الثاني**: **أن يكون عاملا أجيرا**.

ومعنى ذلك أن يؤدى هذا العامل مهامه ضمن علاقة أجريه برب العمل تسمح له بأن يتقاضى أجرا معينا مقابل ما أداه من عمل، و قد يكون ذلك بالأسبوع أو باليوم أو بحسب ما يتم الاتفاق عليه

ومعنى ذلك أن يؤجر عمله اليدوي أو الفكري، فالمعتمل يكون مستفيدا لتقديم كل ما يملك من طاقات يدوية أو فكرية للقيام بالعمل الذي كلف به، اعتبارا من كونه يحوز على المؤهلات التي تسمح له بأن يفيد رب العمل بهذا النشاط ضمن عقد يبرم بينهما لهذا الغرض.

ولتبيين ما معنى العامل الأجير فإن المحكمة العليا في غرفتها الاجتماعية أصدرت قرارا مؤرخا في 17/02/2004 تضمن، أنّ النزاع المرتبط بعدم الاختصاص، بدعوى أنه يعاب على الحكم المطعون فيه أن المحكمة الاجتماعية غير مختصة للفصل في النزاع كما سبق للطاعن وأن أثاره أمام المحكمة الابتدائية، بحجة أن المطعون ضده مساهم في الشركة وبالتالي فهو ليس عاملا أجيرا كما تنص على ذلك المادة 02 من قانون 90/11 المؤرخ في 21/04/1990، والتي تعتبر عمالا الإجراء كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب في إطار التنظيم ولحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص يدعى المستخدم، وأن النزاعات التي تتعلق بهذه الشركة تختص بها المحكمة التجارية وليس القسم الاجتماعي.

إلاّ أنّ المحكمة العليا وبمفهوم القانون، وكما سبق شرحه من قبل المحكمة الابتدائية، فإن المطعون ضده وبحسب العمل الذي يشغله لدى الشركة، يثبت أنه تربطه علاقة عمل بهذه الشركة طبقا للمادة 11 من قانون 90/11 المؤرخ في 21/04/1990 وذلك في غياب عقد العمل.

ولقد تبين أن المادتين 615-631 من القانون التجاري تسمح للمساهم في شركة الأسهم أن يكون أجيرا بهذه الصفة، و يتقاضى أجره مقابل العمل المؤدى ويعتبر عاملا بمفهوم المادة 02 من القانون 90/11 وله واجبات وحقوق يحكمها القانون.

ولقد ثبت أن النزاع المطروح أمام المحكمة الابتدائية كان يتعلق بخلاف فردي في العمل ناتج عن التسريح التعسفي، وعليه فهو من صميم الاختصاص النوعي لمحكمة الحال طبقا لنصوص القانون 90/04 المؤرخ في 06/02/1990 الذي يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل.

وبتأكيدها على أن الإختصاص انعقد صحيحا للمحكمة، تكون المحكمة العليا قد اتخذت موقفا يؤكّد أن العامل إذا كان يحمل وصف الأجير، فإنه يخضع لقانون العمل، ولو كان يشتغل لدى شركة تجارية.

**الفرع الثالث: أن يكون العمل أجريّا**.

ومعنى ذلك أن يكون هناك مقابل مادي يتقاضاه العامل نظير ما قام به من مجهودات لإتمام العمل الذي كلف به بحيث يكون عملا مأجورا Un Travail Salarial يمكن العامل من مواجهة حاجياته عن طريق ذلك الأجر الذي يدفعه له رب العمل.

فسبق وأن رأينا أن العامل بصفة عامة هو ذلك الذي ينص عليه إما قانون العمل أو القانون الخاص بطائفة معينة من العمال، أو عند عدم وجود أحكام قانونية خاصة اللجوء لأحكام القانون المدني، غير أن قانون العمل في كونه منحصرا في قانون 90/11 كقانون ينظم علاقة العمل الأجرية Relation du travail salariale فإن المعيار المستعمل هو معيار عكسي.

فكل من تم استثنائهم بنص المادة 3 لا يتمتعون بصفة العامل الأجير طبقا لأحكام هذا القانون، فتنص المادة 3 على: " يخضع المستخدمون المدنيون أو العسكريون التابعون للدفاع الوطني والقضاة والموظفون والأعوان المتعاقدون في الهيئات و الإدارات العمومية في الدولة والولايات والبلديات ومستخدموا المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، لأحكام تشريعية و تنظيمية خاصة".

فواضح من هذه المادة أن نطاق قانون العمل يتحدد بعلاقات العمل التي تقوم بين أطراف من أشخاص القانون الخاص، فقانون العمل ينظم العمل الخاص أي الروابط الخاصة الناشئة عن العمل[[18]](#footnote-19) ومن تم يخرج من نطاق تطبيق هذا القانون العمل العام أي العمل الذي يؤديه الشخص لحساب الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة[[19]](#footnote-20).

فيشمل نص المادة 3 العمال الذين يؤدون نشاطا مدنيا أو عسكريا ويرتبطون بوزارة الدفاع الوطني، فالأمر يتعلق بجميع الناشطين لدى هذه الوزارة، كما ينطبق ذلك على القضاة والموظفين والأعوان المتعاقدون في الهيئات والإدارات العمومية في الدولة و الولايات والبلديات ومستخدموا المؤسسات العمومية بوصفها الإداري، فالمعيار هو معيار إداري.

فطالما تتصرف هذه المؤسسات بكونها صاحبة السلطة والسيادة ويتبعها العمال على هذا الأساس فان أحكام قانون العمل لا تنطبق عليهم، لأن رب العمل في علاقة العمل الأجرية حتى وإن كان يملك سلطة توقيع الجزاء وسلطة التوجيه والأمر، إلاّ أن ذلك لا يصدر منه على شاكلة أنه يستمد تلك السلطات من كونه حاكما أو مديرا أو رئيسا وضعته الدولة ليمثلها.

وبالتالي ينجم عن ذلك انه لا يستفيد من مزاياالأعمال الإدارية ذات السيادة، وإنما يستمد سلطته فقط من وجود تبعية قانونية بينه وبين العمال الأجراء.

ولكن ما الحكمة من عدم خضوع العاملين بالهيئات التابعة للدولة لأحكام قانون العمل ؟

إن الحكمة في ذلك ترجع إلى سببين:

**السبب الأول:** أن المركز القانوني لمن يعمل لدى الدولة ومن يعمل لدى القطاع الخاص يختلفان جوهريا، ذلك أن العاملين بالدولة والحكومة والهيئات العامة والمحلية يرجع إلى أن علاقة هؤلاء بالدولة هي علاقة تنظيمية ولائحية فلا يوجد بينهما عقد حتى يخضعوا لأحكام قانون العمل الذي ينظم العلاقات العقدية فقط.[[20]](#footnote-21)

**السبب الثاني:**أن العاملين لدى الدولة ليسوا في حاجة للحماية الاجتماعية التي يعمل على المحافظة عليها قانون العمل من تعسف المستخدم، فالدولة لن تظلم من يعمل لديها فيما يخص حقوقهم بل أن قوتها الاقتصادية ستمكنها من تلبية مطالب الموظفين في مجملها[[21]](#footnote-22)، فيفترض أن الدولة لا تنقص حقوق موظفيها.

وأما الفئات الثانية التي استثناها قانون العمل من تطبيق أحكامه عليها فتم النص عليها في المادة 4 من قانون 90/11 التي نصت على"تحدد عند الاقتضاء، أحكام خاصة تتخذ عن طريق التنظيم، النظام النوعي لعلاقات العمل التي تعني مسيري المؤسسات ومستخدمي الملاحة الجوية والبحرية ومستخدمي السفن التجارية والصيد البحري، العمال في المنزل، الصحفيين، الفنانين، المسرحيين، الممثلينالتجاريين، رياضي النخبة ومستخدمي البيوت، وذلك بغض النظر عن أحكام هذا القانون، وفي إطار التشريع المعمول به.

ففي هذا النص دعوة لإصدار أحكام خاصة لوضع نظام نوعي خاص بمسيري المؤسسات[[22]](#footnote-23)ومستخدمي الملاحة الجوية والبحرية والسفن التجارية و الصيد البحري والعمال في المنزل...الخ وسنتعرض لذلك فيما يلي:

1. **العمال البحريون**:

نصت المادة 384 من الأمر رقم 76/80 المؤرخ في 23/10/1976 المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 98/05 المؤرخ في 25/06/1998 على ما يلي:

"من أجل تطبيق هذا الأمر فإن الاصطلاحات التالية تعني ما يلي:

أ-يعني "الرجل البحري"أو"البحار" كل شخص يعمل في خدمة السفينة و مقيد في سجل رجال البحر.

ب-يعني المجهز كل شخص طبيعي أو معنوي يستغل السفينة ومقيد بالطاقم.

د-يعني ربان السفينة، قائد السفينة ورئيس طاقم السفينة.

فما يلاحظ على هذه المادة أن المشرّع الجزائري أعطى وصف رجل البحر لكل من يعمل في خدمة السفينة بوجه عام، فيكون بذلك المشرف على صيانة السفينة أو الذي يقوم بالسهر على أمنها فترة رسوها في الميناء...إلخ حامل لوصف رجل البحر.

وأما المجهز فهو كل شخص طبيعي أو معنوي، يستغل السفينة ويستخدم رجال البحر لهذا الغرض، فمعنى ذلك أن يكون إما طبيعيا منفردا أو شبكة معدة لهذا الغرض، وهو ما يفهم منه أن يكون المجهز بمثابة المستخدم أو رب العمل ما دام هو الذي يستغل السفينة.

كما يعني مصطلح أحد أفراد الطاقم كل شخص مبحر على متن السفينة ومقيّد في دفتر الطاقم، فالشرطان الواجب توافرهما للقول بأن رجل البحر أصبح أحد أفراد الطاقم، أن يكون أولا مبحرا على متن السفينة في عرض البحر وثانيا أن يكون مقيدا في دفتر الطاقم، وهذا التوضيح يصبح ذا مغزى كبير عندما يتم الحديث عن تحديد مسؤولية حادث تعرضت له السفينة مثلا أو توزيع الأدوار فيما بين مختلف العاملين في السفينة بحيث أن تسجيل الشخص في دفتر الطاقم لا يعطيه وصف أحد أفراد الطاقم إلا إذا كان مبحرا.

وأما ربّان السفينة فإنه يعرّف على أنه قائد السفينة ورئيس طاقم السفينة، ومن خلال هذا التعريف مهمته تكون الإشراف على كل من هو على ظهر السفينة.

هذا ما يتعلق برجال البحر، كأشخاص يؤدون عملهم البحري، ولكن الفقرة الأخيرة من هذه المادة تحدثت عن السلطة الإدارية البحرية وعرّفتها بكونها إما الوزارة المكلفة بالبحرية التجارية عندما يتعلق الأمر بالمستوى المركزي، وبالدائرة البحرية و المحطة البحرية الرئيسية عندما يتعلق الأمر بالمستوى المحلي، أو بالسلطات القنصلية أو الدبلوماسية الجزائرية لما يتعلق الأمر بالخارج.

1. **العمال في المنزل**:

تنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي 97/474 المؤرخ في 8/12/1997 المعدل والمتمّم على ما يلي:

"يعتبر عاملا في المنزل بمفهوم هذا المرسوم:

كل عامل يمارس في منزله نشاطات إنتاج سلع أو خدمات أو أشغالا تغييرية لصالح مستخدم واحد أو أكثر مقابل أجر، ويقوم وحده بهذه النشاطات أو يساعده أعضاء من عائلته باستثناء أية يد عاملة مأجورة، ويتحصل بنفسه على كل أو بعض المواد الأولية و أدوات العمل، أو يستلمها من المستخدم دون أي وسيط".

من خلال هذه المادة يتضح أن الشروط الواجب توفرها لكي يكسب الشخص العامل صفة العامل في المنزل ما يلي:

**الشرط الأول**: القيام بنشاطات إنتاج سلع أو خدمات أو أشغال تغييرية:

فيجب على العامل في المنزل أن يقوم بنشاط إنتاج سلع أو خدمات أو أشغال تغييرية و في هذا الصدد يقوم بخياطة الملابس الجاهزة، أو تقديم خدمة تحضير مأكولات جاهزة، أو أن يقوم بتحويل مادة البلاستيك مثلا بحيث يشكل نشاط تغيير هذه المادة مصدر معيشته.

**الشرط الثاني:** أن يقوم بنشاطه مقابل أجرة:

فلابد أن يتحصل العامل في المنزل بمفهوم المادة 2 السالفة الذكر على أجرة مقابل النشاط الذي يقوم به.

وقد يتم الاتفاق على أن يكون دفع هذه الأجرة شهريا أو أسبوعيا أو يوميا، بحسب ما يكون مناسبا للطرفين.

**الشرط الثالث:**أن يقوم بنشاطه لصالح مستخدم واحد أو أكثر:

وهذا الشرط يختلف عن أحكام القانون 90/11 في مادته 2 التي تتكلم عن قيام العمل بالعمل لدى شخص آخر يدعى المستخدم و لم تنص على إمكانية أن يتبع أكثر من مستخدم، بينما العامل في المنزل بالمادة 2 المذكورة أعلاه يمكن أن يكون له أكثر من رب عمل واحد.

**الشرط الرابع:**أن يقوم بنشاطه منفردا أو بمساعدة أحد أعضاء عائلته:

ومعنى ذلك أن يقوم بنفسه بالنشاط المتفق عليه مع المستخدم مع إمكانية طلب المساعدة من أحد أفراد عائلته، إلا أنه يجب استبعاد أية يد عاملة مأجورة، و نقول بمصطلح الاستبعاد لأنه هو الأقرب لمصطلحà l’exclusion في النص الفرنسي، لأن النص العربي استعمل مصطلح باستثناء كمقابل لمصطلحà l’exclusion و هو لا ينطبق مع المعنى الصحيح، لأن الاستثناء يستعمل كإباحة لشيء معين بعد ما تم منع أشياء سابقة، فلا يحق إذن للعامل في المنزل أن يعتمد على عمل مأجور للقيام بنشاطه.

وعلى الرغم من أن الأمر يبدو سهلا لمعرفة من هو العامل في المنزل، إلا أن ذلك لا زال يثير صعوبة فيما يخص تمييز النشاط الذي يقوم به، فإذا كان سهلا معرفة العامل في المنزل فانه من العسير الوصول إلى تمييز العمل الذي يقوم به العامل في المنزل، ويزداد الغموض شدة عندما يعطى عمال منزليون عملا إلى عمالمنزليين آخرين فيجمعون بذلك بين دور المتعاقدين من الباطن أو المنظمين، بينما يستمرون هم أنفسهم بالعمل في المنزل[[23]](#footnote-24).

وثمة معيار هام في تعريف العامل في المنزل، وهو مكان العمل الذي يقع خارج المبنى الذي يتخذه صاحب العمل مقرا له، و يمكن أن ينفذ العمل المنزلي أيضا في مواقع عمل أو ورش مجاورة، أو داخل مبان أخرى يعمل فيها بعض العمال المنزليين، ولكنها لا تنتمي إلى صاحب العمل.

غير أن ملكية الآلات والمواد اللازمة لا يعد من المعايير الهامة نظرا لوجود ممارسات عديدة مختلفة في هذا الشأن، ففي بعض الحالات، يقتني العمال المنزليون أدوات عملهم، في حين توجد حالات أخرى يوفر فيها صاحب العمل هذه الأدوات على سبيل الإعارة أو على أساس الشراء بالتقسيط.

وعادة ما يتلقى العمال المنزليون المواد الأولية من صاحب العمل، لذلك فان معيار التمييز الحاسم هو ملاحظة مدى وجود علاقة من الاستخدام بأجر بين العامل في المنزل و صاحب العمل أو المقاول من الباطن أو الوكيل أو الوسيط، وقد تقوم هذه العلاقة من خلال عقد كتابي أو شفوي، أو من خلال اتفاق صريح أو ضمني.

غير أن صعوبة تمييز العمال في المنازل تبقى واردة بالرغم من استعمال المعايير السابقة الذكر، فالعديد ممّن يعملون في المنزل يمكن اعتبارهم في عداد العاملين لحسابهم الخاص، بل قد يعتبرون أنفسهم ضمن هؤلاء، وإن كانوا يعتبرون أساسا في حكم العاملين بأجر[[24]](#footnote-25).

أما إذا رجعنا إلى قانون العمل الفرنسي فان المادة 721 نصت على:

«Sont considérés comme travailleurs à domicile ceux qui satisfont aux conditions suivantes:

1. Exécuter moyennement une rémunération forfaitaires, pour le compte d’un ou plusieurs établissements industriels, artisanaux ou non, commerciaux ou agricoles, de quelque nature que soient les établissements qu’ils soient publics ou privés, laïques ou religieux, même s’ils ont un caractère d’enseignement professionnel ou de bien faisances, un travail qui leur est confié soit directement, soit par un intermédiaire ;
2. Travailler soit seul, soit avec leur conjoint ou avec leurs enfants à charge.

فيتضح أن المشرّع الفرنسي حسم الأمر بتوضيحه للشرطين الأساسيين للقول بوصف العامل في المنزل، ولم يشأ ترك باب النقاش مفتوحا حول إمكانية اعتماد عامل المنزل على أحد أفراد أسرته، فنص صراحة على أن ذلك لا يؤثر على صفته كعامل بالمنزل، فأكد على أن العمل بالمنزل إما أن يتم من طرف العامل شخصيا أو من قبل زوجته أو حتى مع أطفاله الذين يعولهم[[25]](#footnote-26).

1. **فئة الممثلين التجاريين**:

نص المشرّع الجزائري في المادة 34 من القانون التجاري على ما يعرف بالوكالة التجارية حيث نص على ما يلي" يعتبر عقد الوكالة التجارية اتفاقية يلتزم بواسطتها الشخص عادة بإعداد أو إبرام البيوع أو الشراءات وبوجه عام جميع العمليات التجارية باسم ولحساب التاجر، والقيام عند الاقتضاء بعمليات تجارية لحسابه الخاص، ولكن دون أن يكون مرتبطا بعقد إجارة الخدمات.

إذا كان عقد الوكالة التجارية غير محدد بمدة معينة فلا يجوز لكلا الطرفين فسخه دون إخبار مسبق ومطابق للأعراف، إلاّ في حالة صدور خطأ من أحد الطرفين".

فهذا النص هو الوحيد الذي يمكن أن يسمح بتمثيل التاجر من طرف شخص آخر للقيام بإبرام عقود البيع أو الشراء، ولم ينص المشرّع الجزائري على مصطلح الممثلين التجاريين، إلا أنه وبحسب المهام التي ذكرها المشرّع الجزائري في المادة 34 المذكورة أعلاه يمكن أن تشكل تمثيلا تجاريا.

ولعل ما يضعف هذا النص القانوني أنه لم يبين بشكل كاف شروط انعقاد وكالة التمثيل وهل يكون التمثيل في مكان محدد أو على شكل ممثل متجول؟

هذا ما يدفعنا إلى الحديث عن القانون الفرنسي بحيث أنه وبالمرسوم المؤرخ في 23/12/1958 فان التمثيل التجاري يتمحور في زيارة زبائن موجودين أو محتملين خارج المؤسسة بهدف أخذ أوامر، ويمكن أن يمارس التمثيل التجاري كنشاط مأجور أو نشاط غير مأجور.

أما التمثيل غير المأجور فيخضع للإطار القانوني الخاص بالوكالة في القانون العام.

وقد أحدث المشرّع الفرنسي بالمرسوم المؤرخ في 23/12/1958 نظاما خاصا بالوكلاء التجاريين الذين يمكنهم أنيمارسوا نشاطهم المهني الذي يختارونه، غير أن المشرّع الفرنسي وبقانون 25/06/1991 أعاد صياغة جانب كبير من الأحكام التي نص عليها مرسوم 1958 لتكون كلها متماشاة مع التوصيات الأوروبية.

إن تطبيق المعايير العامة للإجارة تجعل من الممثل التجاري وبمجرد وجود علاقة تبيعة بينه وبين المؤسسة التي يعمل لصالحها، عاملا أجيرا.

أما عن الشروط التي وضعها المشرّع الفرنسي في النصوص القانونية لإمكانية خضوع الممثل التجاري لأحكام قانون العمل، فقد تم النص عليها في المادة 751/1 وما يليها والتي استخلصنا من خلال دراستها ضرورة توفر: - العمل لصالح واحد أو مجموعة أرباب عمل.

* ممارسة عمله التمثيلي كعمل محتكر D’unefaçon exclusive.
* عدم القيام بأي عملية تجارية لفائدته الشخصية.

وأن غياب أي إشارة في العقد المبرم بينهما بخصوص منع ممارسة نشاط آخر أو القيام بعمليات تجارية شخصية لا يشكل عائقا لتطبيق أحكام المادة 751/1 وتطبيق هذه الأحكام أيضا حتى على الأجراء الذين يؤدون عملا تجاريا تمثيليا، وفي نفس الوقت يقومون بأنشطة أخرى شريطة قيامهم بذلك لصالح واحد أو أكثر من أرباب العمل.

وفي غياب عقد مكتوب، يكون الأشخاص الممارسون لعملية التمثيل مفترض أنهم ممثلون متجولون Voyageurs، أو قارّون Placiers ويخضعون لأحكام المادة 751/4.

ويجب التذكير أيضا أن المشرّع الفرنسي اشترط في المادة 751/13 أن يكون ممثل رب العمل حاملا لبطاقة التمثيل[[26]](#footnote-27).

كما يجب على رب العمل أن يصدر لمن يمثله شهادة مكتوبة تبين أنه وبموجب اتفاقية بينهما يقوم هذا الممثل بممارسة نشاطه ضمن الشروط الموضحة في المادة 751/3 وما يليها من قانون العمل.

**4- فئة الصحفيين:**

نص المرسوم التنفيدي08/140 المؤرخ في 10/05/2008 المحدد للنظام النوعي لعلاقات العمل المتعلقة بالصحفيين[[27]](#footnote-28) في المادة الأولى منه على أن هذا المرسوم وتطبيقا للمادة 4 من القانون 90/11 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، يهدف إلى تحديد النظام النوعي لعلاقات العمل المتعلقة بالصحفيين .

وبمراجعة نصوص هدا المرسوم نجد أن مواده لم تتضمن شرحا وافيا لمختلف الطرق التي يمارس الصحافي نشاطه بناءا عليها.

فنصت المادة 04 من هذا المرسوم[[28]](#footnote-29) على تبيين جهاز الصحافة والأنشطة الصحفية، ومعاون الصحافة، والصحفي المستقل، بينما لم تبين من هو المراسل أو المبعوث الخاص؟

وحتى المادة 08 التي تنص على أن تحديد مهن فرع الصحافة وتصنيفها في الاتفاقية الجماعية في شكل مدونة مرجعية، لا يمكن الاعتماد عليها لتحديد من هو الصحفي المراسل أو المبعوث الخاص، وذلك لتضمّن هذه المادة عبارة: "مهن فرع الصحافة"، ولا نعرف ما هو دافع وجود عبارة "مهن فرع الصحافة"، وإلى أي أصل تنتمي طالما أنها فرع من الأصل ؟

على كل نستنتج من هذا المرسوم ومن خلال المادة 21 أن تعليق علاقة العمل وإنهائها يخضع للتشريع والتنظيم المعمول بهما، غير أنه وبنص المادة 22 لا يمكن إعادة إدماج الصحفي الذي تعرض لحكم نهائي مخل بالشرف، في منصب عمله، عند انقضاء مدة التعليق.[[29]](#footnote-30)

ونجد من الضروري الرجوع إلى التعريف الذي جاء به قانون العمل الفرنسي إذ نصت المادة 761/2 أن الصحفي هو الذي له عمل أصلي منتظم ومصنّفRétribuée، في ممارسة مهنته في نشرية واحدة أو عدة نشريات يومية أو دورية، أو في وكالة أو عدة وكالات، وتشكل بالنسبة له المهنة الأساسية من حيث مداخليه[[30]](#footnote-31).

فمن خلال نص هذه المادة نجد أن المشرّع الفرنسي اشترط شروطا معينة يجب أن تكون مجتمعة في الشخص الذي يمكن أن يتمتع بصفة الصحافي، و في غيابها لا يتحقق هذا الوصف[[31]](#footnote-32).

ولم يشترط المشرّع الفرنسي فيمن تعطى له أحقية التمتع بصفة الصحفي، أن يكون يحصل على قدر معين من الأجر، فمهما كان مقدار الأجر الذي يتلقاه مقابل عمله، متواضعا، فإنه يتمتع بصفة الصحفي.

غير أنه تجب الإشارة إلى أن الأشخاص الآخرين المشابهين في عملهم لعمل الصحفي هم أولئك الذين يشتركون مباشرة في تحرير أو إملاء أو ترجمة نص صحفي أو قيامهم بمهمة المراجعة لهذا النص، فيعتبرون بحكم عملهم هذا في عداد الصحفيين المنظمين بالمادة 761/02.

إلاّ أن المراسلين المحليين للوكالات الجهوية أو الولائية للصحافة لا يشملهم نص المادة 761/02، ولا يتمتعون بناءا عليه بوضعية الصحفي قانونا، فهم مراسلون يكون كل واحد منهم مستقلا، يساهم في جمع الأخبار في منطقة محددة لفائدة مؤسسة مديرة. وهذه المعلومات التي يجمعها المراسل تخضع قبل نشرها إلى مراجعة مسبقة أو إلى تصحيح من طرف صحفي محترف.

إن المراسل المحلي يدخل ضمن مجموعة المهن الحرة "المادة 621/03 من قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي"، ويجب أن يكون منتسبا إلى الفئة المهنية للفنانين المبدعين الغير خاضعين للنظام الأساسي فيما يخص التأمين على الشيخوخة.

أما قرينة وجود طابع أجريNature salariale للنشاط الذي يقوم به المراسل عن طريق اتفاقية لصالح مؤسسة إرسال معينة لقاء أجر، فان وجود عقد عمل هو وجود مفترض، وذلك رغم ما يعطى لها من تفسير من قبل الطرفين المتعاقدين، ومهما كان مقدار الأجر المتفق عليه قلّ أم كثر "المادة 761/02 من قانون العمل الفرنسي".

ويجب التذكير في الأخير أن الصحفي لا يقع عليه عبء إثبات تواجد تبعية بينه وبين المؤسسة التي يعمل لصالحها[[32]](#footnote-33).

**5- فئة الفنانين: Les Artistes**

نصت المادة 762/01 من قانون العمل الفرنسي على أن " كل عقد يقوم بموجبه شخص طبيعي أو معنوي بجلب فنان لتقديم إنتاج معين يعد عقدا للعمل Présuméêtre un contrat de travail إذا كان يؤدى مقابل أجر، من دون أن يمارس إنتاجه الفني في ظروف تجعل منه خاضعا لأحكام السجل التجاري[[33]](#footnote-34).

فبإبعاده للفنان الذي يمارس نشاطه في ظروف تخضعه للسجل التجاري،الاستفادة من قرينة أنه فنانPrésomptiond’être artiste ، يكون المشرّع الفرنسي قد أبعد من مفهوم عقد العمل، الفنان الذي يقوم بعمله على شكل مقاول.

وأما الفنانين الذين يدخلون في إطار قانون العمل الفرنسي فقد تم توضيحهم بنص المادة 762/01 التي تنص على أنه " يعتبر فنانا على الأخص: الفنانالدرامي، الفنان التصويري، الفنان التشكيلي، رئيس الفرقة الموسيقية، منسق الفرقة الموسيقية، و كذلك الذي يسهر على التشكيل المادي للعمل الفني داخل القاعة[[34]](#footnote-35).

فاستعمال لفظ على الأخص Notamment يعني أن هذه القائمة ليست على سبيل الحصر، بل لقد أوجد القضاء أنواعا أخرى للفن تدخل في إطار هذه المادة و هم الرياضيون والممارسون للسرك والتسابق[[35]](#footnote-36).

وأيضا يتضح من خلال هذه المادة أن قرينة التمتع بصفة الفنان تظهر:

في كل الحالات ومهما كان الأجر المتفق عليه ومهما كان التكييف المعطى للعقد.

وحتى وإن احتفظ الفنان لنفسه بحرية التعبير عن فئة أو كان مالكا لكل الآلات المستعملة أو لجزء منها فقط، وبغض النظر عما إذا كان استعمل معه أشخاصا آخرين.

ويجب التذكير أنه لا يهم ما إذا كان الفنان قد وقّع على العقد شخصيا، أم كان ذلك التوقيع مشمولا في مجموعة اشتركت معه في إحياء تظاهرة فنية معينة، بل يكفي توقيع أحدهم، بشرط حصوله على توكيل من كل مشارك في هذه التظاهرة.

وما نلاحظه عقب تحليل هذه المادة أن المشرّع الفرنسي، وعلى خلاف المشرّع الجزائري، أورد ذكر الرياضيين مع فئة الفنانين، لاسيما أولئك الذين يؤدون عملا فنيا ولكنه يقترب كثيرا من الحركات المتعارف عليها في عالم الرياضة.

وبالتالي يمكن لهؤلاء الاستفادة من أحكام قانون العمل فيما يخص حماية حقوقهم، خصوصا إذا تعلق الأمر بتعاقدهم مع مؤسسات كبيرة قد تعمل على حرمانهم من الحقوق المنصوص عليها قانونا، أو تلك المتفق عليها في العقد المبرم بينهما.

ونخلص في نهاية الحديث عن الفئات التي استثناها المشرّع الجزائري من تطبيق أحكام قانون العمل عليها -خلافا لما ذهب إليه المشرّع الفرنسي-، أن ذلك سيكون متعارضا مع التوجه الليبرالي الذي انتهجته الجزائر بداية التسعينات، فالواقع يشهد انتشارا واسعا للعمل المأجور ولعلاقات العمل الأجرية، ولن يفيد استثناء فئات من خضوعها لهذه العلاقة إذا كان منطق التعاقد والعمل لدى الآخر سيكون هو السائد في ظل الرغبة نحو الوصول إلى اقتصاد ليبرالي محترف من جهة، وتقلص دور الدولة في إحداث مناصب شغل من جهة أخرى.

**المطلب الثاني:التعريف بمصطلح رب العمل.**

لم يكن حصر مفهوم رب العمل في بدايات قانون العمل واضحا، مما أدى بالفقه إلى استخلاص ذلك مما جاء به القانون المدني وقانون العمل.

وفي هذا المطلب، وحتى نتمكن من حصر ما يدور حول مصطلح رب العمل وما يجب توافره، فإن حديثنا سيدور حول:

**الفرع الأول :**تحديد صفة رب العمل.

**الفرع الثاني:**تعدد المصطلحات التي تفيد نفس المعنى لرب العمل.

**الفرع الأول : تحديد صفة رب العمل.**

تنص المادة 2 من قانون 90/11 على " يعتبر عمالا أجراء في مفهوم هذا القانون، كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا أو فكريا، مقابل مرتب في إطار التنظيم، ولحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص يدعى المستخدم".

فمن خلال هذا النص نجد أن المشرّع الجزائري استعمل لفظ المستخدم للدلالة على رب العمل الذي يبرم علاقات عمل مع العمال الأجراء، للقيام بعمل يدوي أو فكري مقابل مرتب معلوم.

كما يمكن أن يكون رب العمل هذا أو المستخدم، شخصا طبيعيا أو معنويا، عموميا أو خاصا.

ولوحظ أن هذه المادة استعملت عبارة: " لحساب شخصآخر" عوض عبارة: " المتعاقد الآخر".

وقبل التعريف بالمصطلحات التي تفيد نفس المعنى للمستخدم سنحاول أن نعرف رأي الفقه في مصطلح رب العمل:

فقد رأي جانب من الفقه[[36]](#footnote-37) أن رب العمل يلزم دائما أن يكون محترفا أي ممارسا لعمله بصفة احترافية حتى يتحقق له هذا الوصف القانوني، ودليلهم في ذلك أن المشرّع لو كان يقصد غير ذلك، لكان النص يتضمن عبارة المتعاقد الآخر، كما فعل في العقود الملزمة في القانون المدني أي بعبارة المتعاقد الآخر، فيكون صاحب شركة لإحياء السهرات الفنية الذي اتفق مع أحد الأشخاص لإحياء حفلة زفافه لا تتوفر فيه صفة الاحتراف، لأنه سيقوم بالعمل مع الشخص لمرة واحدة لا تتضمن إمكانية تكرارها، وبالتالي لا يتحقق في صاحب الشركة وصف صاحب العمل.

غير أنه تم انتقاد هذا الرأي، برأي آخر[[37]](#footnote-38)، يرى أن وصف صاحب العمل يتحقق في المثال السابق ويخضع لأحكام عقد العمل الفردي الواردة في قانون العمل، ذلك أن شرط الاحتراف هو تحميل النص ما لا يطيقه.

فلم يفرض المشرّع ضرورة وجود عنصر الاحتراف لمجرد إطلاقه لفظ صاحب العمل !

كما أن استبعاد خدم المنازل و من في حكمهم من أحكام قانون العمل مفاده أنه لولا هذا الاستبعاد، لخضع المخدوم "وهو صاحب العمل" لأحكام قانون العمل بالرغم من أنه غير محترف في استخدام خدم المنازل[[38]](#footnote-39).

أما باستعمال المعيار الاقتصادي، فإن بعض الفقه[[39]](#footnote-40) يرى أن تحديد رب العمل يتم من خلال معرفة ما إذا كان يقصد من العمل الذي يقوم به: ربحا معينا كالمحامين و الأطباء والمصانع و الشركات التجارية وغيرها. "وهنا يكون اعتباريا"،أو قد يكون الغرض اجتماعيا أو ثقافيا كالجمعيات الخيرية و جمعيات الإسعاف ومعاهد التعليم وغيرها.

وبالعودة لنص المادة 2 من قانون 90/11 يمكن الاستخلاص من معنى المخالفة، أن صاحب العمل هو ذلك الذي تعمل لحسابه مجموعة من العمال الأجراء و يلتزم اتجاههم بمرتب معلوم مقابل مدة من العمل.

فما دام رب العمل يستعين في تحقيق نشاطه بجهود مجموعة أشخاص طبيعيين يعملون تحت إشرافه لقاء أجر، فانه يحمل وصف رب العمل، وتبقى له صفة رب العمل ولو كان يعتمد على أحد الفنيين للقيام بعمل فني ليست لديه هو كصاحب للعمل، الخبرة بشأنه، ومع ذلك يظل مشرفا على مشروعه من الناحية الإدارية والتنظيمية[[40]](#footnote-41).

**الفرع الثاني : تعدد المصطلحات التي تفيد نفس المعنى لرب العمل.**

قد يكون رب العمل شخصا طبيعيا أي فردا من أفراد الناس، وقد يكون شخصا معنويا على شكل شركة أو مؤسسة.

وواضح أن مصطلح رب العمل يؤدي غرضه بالانطباق على ذلك الذي يكون شخصا طبيعيا يمارس اختصاصات صاحب العمل على الشكل الذي يؤكد تمتعه بهذه الصفة.

ونجد كذلك مصطلح المستخدم الذي ينطبق أكثر على الأشخاص المعنوية كالشركات والمؤسسات، وسندرس ذلك بحسب:

1. مصطلح رب العمل.
2. مصطلح المستخدم.

**1- مصطلح رب العمل**:

وهو مصطلح يطلق عادة على الشخص الطبيعي الذي يمسك بالسلطات المعترف بها له في الإشراف على المؤسسة من حيث توظيف العمال و إبرام العقود معهم و إنهائها، وتسليط العقوبات اللازمة عند اختراقهم للنظام القانوني للمؤسسة، أو تخفيض عددهم أو زيادة مرتباتهم.....الخ.

ويكون في غالب الأحيان رب العمل طبيعيا لما يكون مالكا لمؤسسة خاصة كالمقاول أو الصناعي.

إلا أنه وبتطور أساليب تسيير اقتصاديات الدول و بلوغ المنافسة الاقتصادية درجة عالية، فإن وجود شخص واحد يشرف على المؤسسة أصبح نادرا.

لقد أصبح من اللازم اجتماع عدد معين من الأشخاص في شركات ذات أشكال قانونية مختلفة لمواجهة المشاريع التي لا تقدر على تحقيقها مجهودات شخص واحد فقط.

والدليل على ما سبق أن المشرّع جاء بمرسوم 90/290 المؤرخ في 29/09/1990 لمعالجة ما يتعلق بالنظام الخاص بعلاقات العمل لمسيري المؤسسات والذين ثم إعطائهم بمقتضى المادة 5 منه سلطة توظيف الإطارات المرافقة لهم.

إن السلطات التي تعطي لرب العمل اتجاه العمال التابعين له كسلطة التوجيه والسلطة التنظيمية و التأديبية[[41]](#footnote-42)،إضافة إلى إشرافه على إبرام عقود التشغيل، هي في الحقيقة سلطات توضح اختلاف موضعه القانوني عن وضع العامل الأجير، فرب العمل الحقيقي هو ذلك الذي لا يتنازل عن مسؤولياته لأحد من الغير له صفة رب العمل ظاهريا.

وفي هذا الصدد أكدت محكمة النقض الفرنسية ما جاء في تفسير أحد المجالس القضائية بالقول "ما كان ظاهريا ناتجا عن العقود المبرمة بكون أن العاملين في حالة تبعية للمؤسسة النائبة، إنما مستخدمهم الحقيقي هو المؤسسة التي كانا يعملان بمحلاتها منذ سنين[[42]](#footnote-43).

**2- مصطلح المستخدم:**

نص المشرّع الجزائري في المادة 2 من قانون 90/11 على أن الشخص الآخر المتعاقد مع العمال الأجراء الذين يقومون بأعمال يدوية أو فكرية مقابل مرتب و في إطار التنظيم، يطلق عليه اسم المستخدم:" معنوي عام، معنوي خاص".

كما نصت المادة 49 من القانون المدني الصادر بالأمر رقم 75/58 المؤرخ في 26/09/1975 المعدل والمتمّم على ما يلي" الأشخاص الاعتبارية هي :

* الدولة، الولاية، البلدية،
* المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،
* الشركات المدنية والتجارية،
* الجمعيات والمؤسسات،
* الوقف،
* كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية ".

كما نصت المادة 50 من نفس القانون على "يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق، إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقررها القانون.

ويكون لها خصوصا:

* ذمة مالية.
* أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون.
* موطن، وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها. الشركات التي يكون مركزها الرئيس في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر."

وغني عن التذكير أن الشخصية المعنوية للشخص الاعتباري تتحقق له بعد تأسيس المؤسسة أو الشركة طبقا للقانون المعمول به، وتمتعها بقيمة مالية مستقلة، إضافة إلى تعاملاتها مع الغير التي تعتبر بمثابة تأكيد لاستقلاليتها.

فواضح أن المشرّع الجزائري أعطى وصف الشخص الاعتباري للمؤسسات والجمعيات وهي الإطار القانوني الذي يلجأ إليه أرباب العمل الخواص للقيام بمشاريعهم، كمؤسسات البناء الخاصة أو العيادات الطبية الخاصة....الخ .

في حين تشكل المؤسسات العمومية ذات الطابع العمومي، الإطار القانوني المناسب للدولة للقيام بمشاريعها، كشركة سوناطراك أو شركة سونلغاز ...الخ .

نخلص إلى أن المشرّع الجزائري وسّع مصطلح المستخدم ليشمل الشخص الطبيعي والمعنوي ضمن الإطار القانوني لكل واحد منهما.

ومقارنة بالمشرّع المصري فإن هذا الأخير استعمل لفظ الاستخدام بنصه في المادة الأولى/الفقرة (ب) من قانون العمل المؤرخ في 2003 بالقول "يقصد بصاحب العمل كل شخص طبيعي أو اعتباري يستخدم عاملا أو أكثر لقاء أجر.

وبعد التدقيق يتضح أن المشرّع المصري بهذا، يكون قد وسع من فكرة المستخدم إلى الشخصين الطبيعي والمعنوي، و في هذا الإطار لا ينبغي الخلط بين شخصية الممثل القانوني للشخص الاعتباري "شخصية رب العمل الاعتباريLa personnalité morale de l’employeur »«وبين شخصية المدير المسؤول عن إدارة المنشأة.

فرب العمل الاعتباري عن طريق ممثله القانوني هو وحده المدين بالالتزامات الناشئة عن علاقة العمل، وهو وحده المتعاقد مع العامل، في حين لا يكون المدير المسؤول، إلاّ عاملا تابعا لرب العمل الاعتباري، و كذلك بالنسبة لممثله القانوني لا يتعدى أن يكون إلاّ عاملا ككل العمال المتعاقدين مع رب العمل الاعتباري[[43]](#footnote-44).

غير أنه لا يجب الخلط بين الشخصية الطبيعية للممثل القانوني لرب العمل الاعتباري وبين الشخصية الاعتبارية لرب العمل، فالممثل القانوني لا يكون هو رب العمل إلا عندما يتعامل بصفته وكيلا عن الشخص الاعتباري، باعتبار أن رب العمل الاعتباريوإن كانت له استقلاليته عن ممثله القانوني إلا أنه ليست له إرادة حقيقية مستقلة عن إرادة ممثله.

غير أن هناك صعوبة أخرى بشأن استخدام لفظ المستخدم الاعتباري، تظهر بشأن تحديد رب العمل المتعاقد معه العامل، حين نكون بصدد أكثر من رب عمل واحد، كما هو حال المجموعات الاقتصادية التي تنتمي إليها عدة شركات و إن كانت مستقلة عن بعضها متمتعة كل منها بالشخصية القانونية المستقلة عن الأخرى.

فتكون إحدى هذه الشركات مسؤولة عن التمويل المالي لشركات المجموعة الاقتصادية، وتكون الثانية مسؤولة عن الإنتاج الخاص بالمجموعة، و تكون الثالثة مسؤولة عن تسويق هذا الإنتاج، و تكون الرابعة مسؤولة عن الدعاية...الخ ومثال ذلك شركات الفنادق الكبرى كالهيلتون HILTON أو الشيراتونSHERATON فمع من، من هذه الشركات، يكون العامل متعاقدا؟ بمعنى من يكون رب العمل بالنسبة لهذا العامل؟

ذهبرأي إلى القول أن رب العمل الاعتباري هو الشركة التي تعاقدت فعلا مع العامل وتعهدت بالوفاء له بالأجرة، و ليس أي شركة أخرى داخل المجموعة الاقتصادية التي تنتمي لها هذه الشركة.

إلا أن رأيا آخر انتقد الرأي السابق باعتبار أن هذه الشركة قد تكون اختارت العمال فقط فيما يخص إمكانياتهم و مؤهلاتهم دون أن يكون لها مهمة الإشراف على هؤلاء العمال أثناء تأديتهم لعملهم.

في حين ذهب رأي ثالث إلى التمييز بين فرضين: فيما إذا كانت شركات المجموعة الاقتصادية يمكن الفصل بينها؟أم أنها تكوّن وحدة اقتصادية غير قابلة للانفصال؟

إذا كانت المجموعة الاقتصادية تكوّن وحدة اقتصادية غير قابلة للفصل بينها، كأن تكون في مركز رئيس موحد، ولها خطوط هاتفية موحدة وأنشطة موحدة، فان ذلك معناه أن رب العمل الاعتباري هو شركات المجموعة مجتمعة، أي المجموعة الاقتصادية الكبرى في ذاتها، ولكن لاستحالة رجوع العامل بشأن حقوقه على شركات المجموعة كلها لعدم تمتعها بالشخصية القانونية فيكون ربّ العمل الاعتباري إحدى شركات المجموعة، ويكون مباحا للعامل الرجوع بحقوقه على أيّ شركة منها.

أما حين تكون شركات المجموعة الاقتصادية قابلة للانفصال فيما بينها فيكون معيار التبعية بين العامل وبين إحدى شركات المجموعة الاقتصادية هو المعيار المستعمل لمعرفة من هو صاحب العمل الاعتباري.

ولكن ما هي طبيعة هذه التبعية هل هي قانونية أم اقتصادية؟

ذهب رأي إلى أنها تبعية قانونية بمعنى الشركة التي لها سلطة التوجيه و الرقابة على العامل، بمعنى تلك الشركة التي تعطي الأوامر للعامل، ولها حق توقيع جزاء التأديب عليه عند مخالفته لأوامرها، وتكون بناءا على ذلك الشركة الأم والشركات الأخرى تابعة لها.

بينما ذهب رأي آخر إلى أن المقصود بالتبعية في هذه الحالة هي التبعية الاقتصادية، بمعنى أن رب العمل الاعتباري هو الشركة التي لها سلطة اتخاذ القرار الاقتصادي دون غيرها من الشركات كالقيام بوضع سياسة معينة للتسريح الاقتصادي لمجموعة من العمال أو سلطة غلق المنشأة أو توقيفها.

غير أن الراجح في الفقه يذهب إلى القول بأن رب العمل في هذه الحالة هو الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي تعاقد مع العامل، و تعهد بدفع الأجر له، ولو كان غير محترف للعمل الذي يزاوله، فإذا تعدد أرباب العمل، كان رب العمل هو ذلك الذي تكون له الغلبة والسيطرة الاقتصادية على باقي أرباب العمل، ويستوي في ذلك أن يكون رب العمل صاحب مشروع اقتصادي يهدف للربح، أو أنه لا يسعى لذلك، كأن يكون صاحب منشأة تعاونية أو اجتماعية، فيكون رب عمل ويكون العمال لديه خاضعين له.

أما القانون الفرنسي فقد تجنب النقص الذي وقع فيه المشرّع الجزائري من خلال حديثه عن الأنواع المطروحة لمصطلح المستخدم في الحياة الاقتصادية، فنجد المستخدم المزدوج Mixteوهي الحالة التي تطرح لما يكون هناك استعمال مشترك لعدد معين من الإمكانيات من دون وضع شكليات لذلك، وقد ازداد هذا النوع من الاشتراك لاسيما مع تطور شركات المساهمة[[44]](#footnote-45).

وهناك حالة أخرى للمستخدم في فرنسا بحيث ظهر للوجود ما يسمى بتجمع أرباب العملGroupements d’employeursبموجب قانون 772-85 وهو القانون الذي سمح بإنشاء تجمعات لأهداف أخرى كثيرة كالاستفادة من خدمات عامل موهوب و له مهارات خارقة أو لمواجهة الأعمال الموسمية...الخ.

وقد بلغ عدد التجمعات مع بداية 1996، 100 تجمع في القطاع غير الفلاحي و يضم أكثر من 1800 عامل، و800 تجمع في القطاع الفلاحي يضم 2000 عاملا.

وما يقارب هذه الحالة "تجمعات أرباب العمل في فرنسا" ماهو موجود في الجزائر فيما يعرف بالتجمعات الاقتصادية المنظمة بموجب قانون 93/08، فهذه التجمعات تتمتع بالشخصية المعنوية وتتشكل في مؤسسات متعددة لم يحدد القانون عددها، وتتفق فيما بينها على تعيين مدير يكون بمثابة الممثل القانوني للتجمع الاقتصادي والمسؤول مدنيا وجزائيا عن التصرفات الصادرة عن التجمع، و تكون لهذا المدير سلطة اتخاذ قرارات تلزم التجمع وكذا المؤسسات المشاركة فيه.

وفي هذا المجال يمكن اعتبار هذا المدير بمثابة المستخدم الذي يباشر سلطاته على العمال ويشرف على إبرام عقود العمل وإنهائها بالطرق القانونية المتوفرة.

ولكن الإطار القانوني لإمكانية إخضاع هذه التجمعات لأحكام قانون العمل غير متوفر، لذا نهيب بالمشرّع الجزائري التدخل لإعطاء وصف الشخص الاعتباري لمصطلح رب العمل سواء كان رب العمل أو المستخدم ، لأن الاختلاف في هذا اللفظ لا يهم بقدر ما يهم انطباق أحكام وجوده على الأشخاص المعنوية كالشركات والمؤسسات.

**المطلب الثالث: طبيعة العلاقة بين العامل وصاحب العمل.**

نص المشرّع الجزائري في المادة 8 من قانون 90/11 على أنه "تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي أو غير كتابي، وتقوم هذه العلاقة على أية حال، بمجرد العمل لحساب مستخدم ما..."

فواضح من نص هذه المادة أن هناك حديث عن نشوء علاقة العمل بين الطرفين والتي تكون إما بعقد كتابي أو غير كتابي، بل أن هذه العلاقة تظهر للوجود بمجرد العمل لحساب مستخدم ما.

وعلاقة العمل هذه تخضع لإطار قانوني ينظمها، لابد من معرفته،ولن يكون ذلك إلا من خلال الحديث عن معياري التبعية القانونية والتبعية الاقتصادية، وذلك في فرعين:

**الفرع الأول :** التبعية القانونية.

**الفرع الثاني:** التبعية الاقتصادية.

**الفرع الأول: التبعية القانونية.**

إن المشرّع الجزائري استعمل مصطلح علاقة العمل في المادة 08 المذكورة أعلاه، ثم استعمل مصطلح عقد العمل في المادة 09 التي تنص على:"يتم عقد العمل حسب الأشكال التي تتفق عليها الأطراف المتعاقدة".

فكان يمكن الاستمرار في منطق الحديث بمصطلح علاقة العمل بجعل المادة 09 تنص على أنه " يتم تنظيم علاقة العمل في إتفاق مكتوب بين الطرفين"، ذلك أن الحماية التي أراد المشرّع إصباغها على العامل الأجير من خلال التأكيد في المادة 08 على أن علاقة العمل تقوم على أي حال بمجرد العمل لمستخدم ما، قد يناقضها الحديث عن عقد العمل في المادة 09 ؟[[45]](#footnote-46)

على كل، وبغض النظر عن اختلاف الآثار الناجمة عن استعمال مصطلح علاقة العمل أو عقد العمل، فإن الرابطة الفعلية الموجودة بين العامل ورب العمل تخضع لقواعد قانونية وإجراءات تنظيمية تجعل من العامل تابعا للمستخدم، وتتلخص هذه التبعية في ثلاثة صور:

**أ- الإطار القانوني و التنظيمي "التبعية القانونية":**

ويتلخص هذا الإطار القانوني والتنظيمي في تلك الأحكام القانونية والتنظيمية التي تفرض على العامل، والامتثال لبعض الإجراءات والتعليمات التي يحددها القانون والنظام المعمول به، مثال ذلك ما نصت عليه المادة 07 الفقرة 03 من قانون 90/11 التي تلزم العمال بأن يؤدوا بأقصى ما لديهم من قدرات، الواجبات المرتبطة بمنصب عملهم، وأن يعملوا بعناية و مواظبة في إطار تنظيم العمل الذي يضعه المستخدم[[46]](#footnote-47).

ومن بين أهم مظاهر سلطة الإشراف والإدارة والرقابة التي يتمتع بها صاحب العمل في مواجهة العامل هو حقه في تحديد أوقات العمل وتوزيع العمل على العمال وتحديد أماكن عملهم.

كما له أيضا وضع النظام الداخلي للعمل، وسلطة التأديب و فرض قواعد الأمن والوقاية والتنظيم التقني للعمل، وفرض الانضباط في العمل، وما إلى ذلك من المسائل التنظيمية الأخرى المعترف له بها قانونا[[47]](#footnote-48).

يتضح أن الإطار القانوني والتنظيمي يشكل ما يسمى بتبعية العامل تبعية قانونية،والتي مفادها قيام العامل بأداء العمل تحت رقابة وإشراف صاحب العمل، بحيث يحق لهذا الأخير إصدار التعليمات والتوجيهات الخاصة بالعمل، فإذا لم ينفذها العامل، كان من حقه توقيع الجزاءات التأديبية عليه[[48]](#footnote-49).

غير أن جانب من الفقه الفرنسي ذهب إلى القول بان التبعية المقصودة هي تبعية استئثار صاحب العمل بنشاط و جهد العامل مقابل أجر يعتبر موردا وحيدا لرزقه[[49]](#footnote-50).

**ب-الإطار الفني:**

وأما العنصر الثاني للتبعية القانونية فهو متعلق بالجانب الفني لتنظيم العمل،ظهر نتيجة للتعقيدات التي أفرزتها التطورات الحديثة في أساليب الإنتاج و ما فرضته من ضرورة تكوين العمال وتخصصهم من حيث التأهيل والتقنية والدقة.

لقد أدى ذلك التطور إلى إقامة أنظمة وأساليب للمراقبة والمتابعة الميدانية للعمال أثناء أدائهم لمهامهم، وإنجازهم لأعمالهم وبرامجهم المحددة من قبل المؤسسات المستخدمة، وهو النظام الذي يسهر على تنفيذه عمال موظفون من طرف صاحب العمل، يتمتعون بمؤهلات ومستويات مهنية عالية من ذوي الاختصاص والخبرة، تؤهلهم لتأطير العمال والإشراف عليهم[[50]](#footnote-51).

ويجب التذكير أيضا بأن صور التبعية القانونية تتفاوت في قوتها بحسب إمكانيات صاحب العمل في استعمال سلطته وبحسب أوجه نشاط العامل.

فهناك التبعية الفنية وهي خضوع العامل لتوجيه و إشراف كامل من قبل صاحب العمل في كل تفاصيل العمل وجزيئاته، ويقتضي ذلك أن يكون رب العمل ملما بالأصول الفنية للعمل أي أن يكون محترفا الحرفة التي يستخدم فيها العامل، كصاحب المصنع الذي يعمل بنفسه فيه ويشرف فنيا على عماله ويراقب دقة عملهم[[51]](#footnote-52).

وأما التبعية التنظيمية أو الإدارية، فهي خضوع العامل لتوجيه وإشراف صاحب العمل فيما يتعلق بالظروف الخارجية للعمل من حيث مكانه وزمانه وقواعد الإجازات دون التدخل في العمل من الناحية الفنية بسبب أن المستخدم لا خبرة له في هذا المجال الفني، أو لأي سبب آخر.

ولقد أخد القانون المصري بالتبعية القانونية وجعل منها أساسالتطبيق قانون العمل، فإذا تخلفت التبعية القانونية فلا محل لسريان قانون العمل حتى إذا توافرت تبعية أخرى، فمن يعمل لحساب شخص آخر دون أن يخضع لإدارته وإشرافه لا يخضع لقانون العمل، وإن اعتمد كلية على ما يحصل عليه كمقابل لعمله من ذلك الشخص[[52]](#footnote-53).

واستقر موقف القضاء المصري على ذلك، حيث قرّرت محكمة النقض المصرية بأن المقصود بالتبعية القانونية تأدية العمل وائتمار العامل بأوامر رب العمل وخضوعه لإشرافه ورقابته وتعرضه للجزاءات إذا ما قصر في عمله أو أخطأ ، وأنه يكفي توفر صورة من صور التبعية القانونية سواء التنظيمية أو الإدارية أو الفنية للقول بتوافر عنصر التبعية و تطبيق أحكام قانون العمل.

ولذلك فإن سلطة القضاء في استخلاص مدى توافر رابطة التبعية، تتوصل إلى معرفة ذلك من خلال وقائع الدعوى بوصفها مسألة موضوعية متروكة لتقديرها، دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان هذا الاستخلاص ممكنا.

وقد نص قرار محكمة النقض المصرية المؤرخ في 29/03/1967 على "لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه استدل في تكييفه للعلاقة بين الطرفين على أنها علاقة عمل بما استخلص من الأوراق الدالة على قيام هذه التبعية من تحديد نوع العمل ونطاقه وتعيين حدوده والمواعيد المقررة له وخضوع العامل في تنفيذه لإشراف رب العمل ورقابته، وكان استخلاصه لذلك سائغا ومؤديا إلى ما انتهى إليه، فان الطعن يكون في جملته على غير أساس ويتعين رفضه".

والعبرة في تكييف العقد بحقيقة الواقع والنية المشتركة التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين دون الاعتداد بالألفاظ التي صيغت في العقد وبالتكييف الذي اصبغه الطرفان عليها.

وكل ما تقوم به محكمة الموضوع من بحث في وقائع الدعوى توصلا لحقيقة العلاقة واستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، يعد مسألة واقع تخضع لتقدير واستقلال قاضي الموضوع ولا معقب عليه من جانب محكمة النقض[[53]](#footnote-54).

إلا أنه ومتى استخلصت المحكمة وجود تلك العلاقة التبعية، فإن التكييف القانوني الصحيح لما قصده المتعاقدان وتطبيق نصوص القانون عليه، هو مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض.

إن المشرّع الجزائري وكما قلنا سابقا لم يشترط عنصر الكتابة للحديث عن وجود عقد عمل وبالتاليعلاقة عمل، وإنما تكون هذه العلاقة موجودة على أساس من الواقع وحده[[54]](#footnote-55) .

فهي علاقة تنشأ عن ارتباط شفوي بين العامل وصاحب العمل لأن القانون الجزائري وبإتباع هذا المنطق، يكتفي بواقعة العمل وحدها ولو كانت ناشئة عن عقد فاسد أو عقد انعدم فيه الرضا مثل أوامر التكليف[[55]](#footnote-56).

خصوصا بالنسبة للعمال في المنازل الذين اعتبرتهم محكمة النقض الفرنسية في حكم المقاولين الصغار[[56]](#footnote-57).

ويترتب على أخذالمشرّع الجزائري بالتبعية القانونية المبنية على عقد العمل المكتوب وغير المكتوب بعض النتائج أهمها:

1-أن التبعية في مجال علاقات العمل تختلف عن التبعية في المسؤولية عن فعل الغيرLa responsabilité pour le fait d’autrui فهذه المسؤولية عن فعل الغير لا تشترط وجود رابطة العمل فقط، بل يدخل ضمنها أي عمل يقوم به الغير ويكون المسؤول عنه محددا قانونا.

2-وما يقال بالنسبة لشروط توافر التبعية لقيام المسؤولية عن فعل الغير، يقال أيضا في توفرها لقيام رابطة العمل فالعامل يكون مسؤولا أمام رب العمل فيما يتعلق بأدوات الإنتاج واستعمالها استعمالا لائقا.

3-أن التبعية القانونية في علاقات العمل تعطى لرب العمل كمتبوع، سلطة تأديب العامل وهو التابع، دون أن نطبق هذا المنطق على علاقات أخرى قد نجدها في تجمعات أخرى قد تتشابه مع المؤسسة، كالسفينة التي يعطي نظامها القانوني الحق للربان في أن يقوم بتأديب بعض المسافرين الموجودين على متنها، بالرغم من أنهم ليسوا في علاقة تبعية مع هذا الربان.

4- أن حق إدارة المؤسسة من طرف رب العمل هو بمثابة أحقية أساسية كونه الرئيس الأول لها، ويتمثل هذا الحق في إصدار الأوامر والتعليمات حول كيفية أداء العمل، وكذلك حق الإشراف المتمثل في التحقق من مدى احترام تقنيات الإنتاج و سبل ترقيته.

لقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصر على أنه لا أهمية لقيمة الإشراف أو الرقابة التي يمارسها رب العمل، فقد يكون الإشراف إداريا تنظيميا أو مهنيا، وسواء زاد هذا الإشراف أو نقص، ولا يشترط أن يكون مستمرا.

فيتضح أنه وطبقا لمعيار التبعية القانونية تكون علاقة العمل بين العامل و رب العمل تحمل طبيعة قانونية تتسم بخضوع العامل كتابع لرب العمل بوصفه متبوعا يمكنه أن يؤدب العامل إذا ما أخطأ لأنه تابع للإطار التنظيمي الذي يضعه المستخدم.

**الفرع الثاني: التبعية الاقتصادية.**

بالرغم من طغيان معيار التبعية القانونية بحسب ما عرضناه في الفرع الأول، إلا أن معيار التبعية الاقتصادية لم يشأ المشرّع الجزائري أن يلغيه تماما، بل أن قراءة المادة 2 من قانون 90/11 في جزئها الأول "يعتبر عمالا أجراء في مفهوم هذا القانون، كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب..."تؤكد وجود هذا النوع من التبعية، وبالتالي يتضح لنا أن العامل الأجير يستخدم ما لديه من قدرات يدوية أو فكرية للحصول على مقابل مالي، فهو بهذا معتمد على هذا المبلغ لسد حاجياته و مجابهة تكاليف حياته وحياة أسرته.

إن ما يؤكد اعتماد العامل الأجير اقتصاديا على رب العمل، أن هذا العامل الأجير لو كان في مركز اقتصادي قوي لما قدّم ما يملك من قدرات لقاء الحصول على هذا المال، بل يسمح له مركزه القوي بأن يستغل موهبته أو معارفه في أن يصبح هو الآخر في موضع رب العمل ويكوّن مؤسسة يشرف عليها.

إن التبعية الاقتصادية تجعل من العامل الأجير لا يملك دخلا آخر سوى ما يتقاضاه من رب العمل، و هذا السبب هو الذي يدفعه لأن يرهن ما يملك من مهارات وتقنيات اكتسبها عبر جهوده في التكوين و التعلّم.

لقد شهد معيار التبعية الاقتصادية انتعاشا و تطبيقا حقيقيا في المرحلة التي ساد فيها القانون الأساسي العام للعامل[[57]](#footnote-58)بحيث كان يشترط في العامل الأجير أن يكون العمل الذي يمارسه مصدرا لمعيشته، وأن لا يستعمل أشخاصا آخرين لتأدية هذا العمل[[58]](#footnote-59).

فأساس معرفة العامل الأجير هو ملاحظة اعتماده المطلق على ما يتحصل عليه من أجر من طرف رب العمل.

غير أنه وإضافة إلى أن معيار التبعية الاقتصادية تم انتعاشه بمقتضى القانون الأساسي العام للعامل، فإن إلغاء هذا القانون في معظمه سنة 1990، قد كشف محدودية هذا المعيار.

وهو ما دفع المشرّع الجزائري في قانون 90/11 إلى الاعتماد على مصطلح " في إطار التنظيم" و مفاده وجود علاقة تنظيمية تجمع بين رب العمل و العامل و تجعل هذا الأخير تابعا له تبعية قانونية.

ذلك أن فكرة التبعية الاقتصادية ليست معيارا منضبطا لتحديد العامل الأجير، لأن معظم الأشخاص يعتمدون اعتمادا كليا على ما يحصلون عليه من عملهم، وهذا ما يؤدي إلى دخول أعمال أخرى إلى مفهوم العمل المأجور[[59]](#footnote-60).

إن منطق التبعية الاقتصادية يرجع إلى محاولة حماية الطبقة العاملة من العجز عن العمل لشيخوخة أو عاهة أو مرض حينما لا تسمح التبعية القانونية لمن كان يعمل فيمنزله من العمال لحساب رب عمل واحد أو أرباب أعمال متعددين ويجمعون بيناستقلال المقاولين من الناحية القانونية و تدهور حالهم من الناحية الاقتصادية، من أن يستفيدوا من التعويض.

فكانت الحكمة آنذاك تفرض التوسع في مفهوم التبعية بجعلها تبعية اقتصادية حتى يستفيد هؤلاء من حماية القانون[[60]](#footnote-61).

غير أن هذا المنطق يمكن الرد عليه، من أن المعيار المستعمل هنا هو حال الطرفين اجتماعيا، وهو حكم ينبني على ما هو خارج عن عقد العمل، إضافة إلى عدم معرفة متى تبدأ التبعية ومتى تنتهي.

غير أن التبعية الاقتصادية لعبت دورا هاما في العديد من الدول التي عمل قضائها على مدأكبر حماية للعمال الأجراء فقد نظرت محكمة Portoallègre في الدعوى المرفوعة من طرف سيدة تقوم بأعمال الحياكة في منزلها لصالح منشأة متخصصة في هذا النوع من الحياكة.

وقد طلبت هذه السيدة من المنشأة تطبيق أحكام قانون العمل عليها، وخاصة الأجازة مدفوعة الأجر، فامتنعت المنشأة بحجة أن المدعية لا تخضع لعلاقة تبعية قانونية، فهي لا تعمل في أماكن العمل بالمنشأة و لا تخضع لتنظيم ساعات العمل المقررة بالمنشأة، و لكن محكمة Portoallègre رفضت وجهة نظر المنشأة.

وقرّرت أن قانون العمل البرازيلي"وخاصة المادة 6 منه" لا يفرّق بين من يعمل في المنشأة والأماكن المخصصة للعمل بها، وبين من يعمل لحساب المنشأة ولكن في منزله.

واستطردت المحكمة قائلة "يتعين النظر لعنصر التبعية بالنسبة للعاملين في منازلهم التخفيف من حدته، بحيث يكفي للقول بتوافر هذا العنصر، أن يكون لصاحب العمل رقابة على كمية العمل ونوعيته وقت تسلّمه من العامل.

وفيما يتعلق بالمدعية فإنها كانت تتلقى المادة الأولية من صاحب العمل، مرة على الأقل كل شهر، وهو ما يؤكد وجود علاقة تبعية بين صاحب العمل والعاملة، قصدا بها ترتيب حقوق والتزامات، ولا يضر في ذلك عدم انتظام مواعيد تسليم الملابس جاهزة.

وانتهت المحكمة إلى توافر علاقة التبعية، وإلى أن من حق المدعية الاستفادة من الأحكام المقررة في قانون العمل[[61]](#footnote-62).

نخلص إلى القول أنه و بقدر ما يتم الاعتماد على التبعية القانونية في الواقع العملي، فان هذا الواقع يشهد تطبيقا أيضا لمعيار التبعية الاقتصادية.

فالغالب في الحياة العملية أن يقترن هادان المعياران، بحيث يكون العامل الذي يقوم بعمله تحت إشراف صاحب العمل، معتمدا في معيشته على الأجر الذي يحصل عليه من صاحب العمل، ويعمل لحساب هذا الأخير وحده.

وأن الحماية التي يهدف قانون العمل إفادة العمال الأجراء بها، قد تكون مهددة في بعض الحالات كالعمل بالمنزل إذا ما انعدمت فيه التبعية القانونية، فيكون لزاما في هذه الحالة تطبيق معيار التبعية الاقتصادية وحده لتمرير هذه الحماية المقررة في أحكام قانون العمل.

وبناءا على ما تقدم نصل إلى القول أن طبيعة العلاقة بين العامل ورب العمل هي طبيعة مركّبة، تحمل وصف التبعية من العامل لرب العمل و هي لدلك تعتمد على معياري التبعية القانونية والتبعية الاقتصادية، دون التقليل من أهمية أحد المعيارين[[62]](#footnote-63).

**المبحث الثاني: الصور المختلفة لإنهاء عقد العمل من جانب المستخدم.**

تنص المادة 66 من قانون 90/11 على ما يلي:

" تنتهي علاقة العمل في الحالات التالية:

-البطلان أو الإلغاء القانوني.

-انقضاء أجل عقد العمل ذي المدة المحدودة.

-الاستقالة.

-العزل.

-العجز الكامل عن العمل، كما ورد تحديده في التشريع.

-التسريح للتقليص من عدد العمال.

- إنهاء النشاط القانوني للهيئة المستخدمة.

-التقاعد.

-الوفاة.

غير أننا وفي هذا العنوان الذي أعطيناه لهذا المبحث حاولنا قدر الإمكان أن يكون دقيقا، بحيث لا نتحدث في مضمونه عن كل طرق الإنهاء الموجودة في قانون العمل.

وبناءا عليه، سنتكلم فيالمطالب التالية على ما يلي :

**المطلب الأول: القاعدة العامة في إنهاء المستخدم لعقد العمل.**

**المطلب الثاني: الفرق بين مصطلحات الإنهاء طبقا للقاعدة العامة.**

**المطلب الثالث : الفسخ القضائي.**

**المطلب الرابع : تحديد مكانة الخطأ التأديبي و الموجب للتسريح.**

**المطلب الأول: القاعدة العامة في إنهاء المستخدم لعقد العمل.**

المقصود بالقاعدة العامة في إنهاء عقد العمل، أن يكون انقضائه بتنفيذ ما تضمنه من التزامات، وقد يتم انحلال هذا العقد وذلك قبل حلول موعد انتهائه أو قبل تنفيذ محتواه.

إن عقد العمل إذا كان مرتبطا بمدة زمنية محدودة فانه ينقضي بانقضاء المدة المتفق عليها.

وينقضي العقد غير محدد الزمن أو المدة، بالإنهاء بالإرادة المنفردة، وهو الإنهاء الذي نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة 119 المتعلقة بانحلال العقد[[63]](#footnote-64)، فرب العمل قد يلجأ إلى فسخ العقد المبرم بينه و بين العامل الأجير إذا لاحظ عدم تنفيذ محتويات العقد المبرم بينهما، فله أن يطالب بالتنفيذ أو فسخ هذا العقد، والمطالبة التي يسلكها رب العمل اتجاه العامل الأجير تنبني في جوهرها على المبادئ التي تبنى عليها المطالبة بالتنفيذ في عقود أخرى، ذلك أننا بصدد تطبيق القاعدة العامة.

وهي المبادئ التي لا نعرف مغزاها دون الرجوع للمادة 107 من القانون المدني[[64]](#footnote-65)التي تنص على ضرورة تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية في فقرتها الأولى، وفي فقرتها الثانية توضح أنه لا يجب الاقتصار على تنفيذ ما ورد في العقد فحسب بل أيضا بتنفيذ مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة.

فواضح أن العامل الأجير مجبر على تنفيذ العقد المبرم بينه وبين رب العمل فيما يفرضه عليه من تأدية العمل المتفق عليه بعناية و بأقصى ما يملك من مهارات و قدرات مهنية.

كما يقوم بتنفيذ مستلزمات هذا العقد كالمحافظة على آلة الإنتاج التي يستخدمها، مثلما يفرضه عليه القانون بضرورة المحافظة على أملاك الغير، أو بتنفيذ عمل طارئ ناجم عن قوة قاهرة بالرغم من أنه معفى منه قانونا، و لكن طبقا للعرف لابد أن يسلك سلوك الرجل العادي في مثل هذه الأمور، أو بعدم المطالبة بأجر ساعات من العمل لم يقم بتأديتها عملا بمنطق العدالة في تنفيذ العقود.

ومن جانب آخر على رب العمل إذا أراد أن يطالب بفسخ العقد المبرم بينه و بين العامل الأجير من أن يجد مبررا لهذا الفسخ، سواء في العقد المبرم بذاته أو في مستلزماته.

فيكون لرب العمل مثلا أن يطالب بفسخ العقد إذا تبين له أن العامل الأجير لا يؤدي التزامه المتمثل في تنظيف الآلة بعد توقيف الاشتغال بها إذا كان ذلك من الأعراف المتفق عليها[[65]](#footnote-66).

ودائما حسب القاعدة العامة لإنهاء عقد العمل من طرف المستخدم، يمكن لهذا الأخير أن يتفق مع العامل الأجير على أن يتم اعتبار العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه و بدون حاجة إلى حكم قضائي[[66]](#footnote-67).

غير أنه يطرح تساؤل حول النص القانوني للمادة 120 من القانون المدني في وجود بند في عقد العمل ينتقص من حقوق العامل ؟

الإجابة على هذا السؤال قد تكون سهلة للوهلة الأولى عن طريق الرجوع للمادة 137 من قانون 90/11 المتضمن تنظيم علاقات العمل[[67]](#footnote-68)، والتي تفرض عدم انتقاص بند في عقد العمل لحقوق أوجدها التشريع أو أوجدتها الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية، وذلك كله بإعمال قاعدة الخاص يقيد العام.

ولكن قد لا يخلو التطبيق العملي لإبرام عقود العمل من إمكانية القفز على نص المادة 137 من قانون 90/11 خصوصا في ظل تنامي معدل البطالة وضعف مركز العامل الأجير مقارنة برب العمل.

فقد يفرض رب العمل على العامل تغيير هندامه أو أن يفرض عليه أمورا تتعلق بحياته الخاصة، وهي الأمور التي، وإن لم تدون كتابة في عقد العمل، إلا أنها قد تؤدي بمرور الزمن–إذا ما لم يوضح للعامل الأجير ما اشترطه عليه رب العمل في بداية العقد- إلى فقدان رب العمل لثقته في العامل، و يصبح ذلك عاملا لإنهاء عقده معه و إن كان خفيا.

لقد تطور القضاء الفرنسي في مجال الحديث عن الحياة الخاصة للعمال الأجراء، ففي قضية تعلقت بارتداء المسلمات للحجاب بفرنسا، توصل فيها إلى أن المبدأ هو عدم خضوع العامل للتبعية التي تترجم علاقة العمل إلا بالقدر اللازم لتنفيذ التزاماته المهنية.

ولا يكون للعامل أن يضع شخصه تابعا لرب العمل و إدارته إلا لتنفيذ الالتزام المبين في العقد، وخارج ذلك فإنه يحافظ على حريته.

فالعاملة التي ترتدي الحجاب يفسر قيامها بذلك على أنها تمارس حريتين اثنتين، حرية اللباس، والحرية الدينية La liberté vestimentaire et la liberté religieuseوالقيود التي يفرضها رب العمل تختلف حدّتها بحسب كل حرية[[68]](#footnote-69).

فالاعتراف بحرية كل شخص في ارتداء ما يريده، هو أساس التفرقة بين الحياة الخاصة والحياة الشخصية العامة.

فاللباس المختار من طرف شخص معين للظهور به في العلن Publiqueليس مرده محاولته الحفاظ على عدم رؤيته من قبل الغير، ولكن تعبر عن الصورة التي يريد أن يعطيها لنفسه، وبالتالي فتقييدات رب العمل على حرية اللباس تشكل تدخلا في حياة العامل الشخصية.

وفي الأخير لابد من الإشارة إلى أنه و مع الانفتاح الاقتصادي الذي تشهده الجزائر فان الأمر، وبمجيء العديد من الشركات الأجنبية للاستثمار في الجزائر، قد لا يخلو من إمكانية حدوث مثل هذا التصادم.

بل وحتى بعض هذه المؤسسات الجزائرية قد يشترط أرباب عملها من أن تبقى المرشحة للعمل دون حجاب، مستمرة على هذا النهج، وعدم تقبل اقتناعها بارتداء الحجاب بعد مرور فترة معينة على تعاقدها مع رب العمل.

ومن هنا تبرز أهمية الاضطلاع على ما أصدرته محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد[[69]](#footnote-70).

هذا هو إذن الجانب الخفي الذي يمكن أن يدرجه رب العمل شفاهة مع العامل في العقد الذي يربطهما، ومن ثمة تبقى ضمانات تطبيق المادة 137 من قانون 90/11 رهينة مراقبتها من طرف قضاة الموضوع عند تعرضهم لفحص سبب إنهاء علاقة العمل من طرف المستخدم.

**المطلب الثاني: الفرق بين مصطلحات الإنهاء طبقا للقاعدة العامة.**

هناك مصطلحات يتواتر استعمالها للدلالة على إنهاء عقد العمل بين الطرفين طبقا للقواعد العامة كالإلغاء والفسخ والإنهاء، وهي موجودة في العقود الملزمة لجانبين ويلجأ إليها طرف معين إذا لاحظ عدم تنفيذ الطرف الثاني لالتزاماته.

فبالنسبة لعقد العمل، تعتبر هذه الطرق من الحقوق الثابتة لكل من العامل و صاحب العمل على قدم المساواة ولابد من ممارستها في نطاق عدم جواز التعسّف، بمعنى أن تكون الأسباب الدافعة إلى ممارستها مشروعة ومقبولة.

وإذا حاولنا إعطاء الفرق بين هذه المصطلحات فسنجد أول الفروق مرتبطة بوصف التعسّف.

فيكون فسخا تعسفيا إذا تم اللجوء إليه دون إخلال الطرف الآخر إخلالا جسيما بالتزاماته، ويتم اللجوء إلى الفسخ في العقود المحددة و الغير محددة المدة.

ويكون الفسخ مشروعا طالما كان مبنيا على الإخلال الجسيم من جانب المتعاقد الآخر بالتزاماته.

أما الإنهاء فيكون فقط في العقود غير محددة المدة وحتى ولو لم يكن المتعاقد الآخر قد أخلّ أو قصّر في التزام من التزاماته[[70]](#footnote-71).

كما يشترط في الفسخ الإعذار "المادة 120 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري"، إلا أنه في بعض الأحيان يكون تحريك الدعوى القضائية في حد ذاته إعذارا كما لو كان المتعاقد ملتزما بعدم القيام بعمل معين، إلا أنه خالف الاتفاق و قام بهذا العمل "الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل".

وكذلك يختلف الفسخ عن الإنهاء و الإلغاء، في كون أن الفسخ يتم عادة بحكم قضائي، بينما الإنهاء والإلغاء فالأصل أن يكون إلغاء العقود لا يتم إلا بتراضي المتعاقدين فيكون منوّها عنه في العقد ذاته، وليس ممنوحا بالقانون، أما الإنهاء فيجب أن يكون مسبوقا بمهلة للإنذار فيما يخص العقود محددة المدة.

ولا بد من التذكير بأن حق الإنهاء قد يكون منعدما أصلا، وفي هذه الحالة إذا تم اللجوء إليه يكون إنهاءا غير مشروع وليس إنهاءا تعسفيا، كأن يقدم رب العمل على إنهاء عقد العمل غير محدد المدة في حالة الإضراب، إذ الأصل أن الإضراب المشروع يوقف الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد وبالتالي لا يكون لصاحب العمل أصلا أي حق في الإنهاء[[71]](#footnote-72).

**المطلب الثالث : الفسخ القضائي.**

وقد يلجأ رب العمل إلى القضاء لفسخ العقد الغير محدد المدة الذي يربطه بالعامل الأجير، متحملا في ذلك مصاريف القضاء وانتظار عدة أشهر بالرغم من أن القانون يعطي لكلا المتعاقدين إمكانية استعمال إرادته في إنهاء العقد، ومن هنا قد تدور شكوك حول ما سبب لجوء رب العمل إلى الفسخ القضائي؟

إن اللجوء إلى الفسخ القضائي وبالعودة إلى ما أشير إليه في ساحة القضاء الفرنسي لا يكون إلا عندما يتعلق الأمر بممثلي المستخدمين Représentants du personnel عندما يرفض مفتش العمل الترخيص لرب العمل بتسريحهم، وهو الأمر الذي تم الترخيص به طويلا و لكنه لا يأخذ حاليا شكلا ظاهرا باعتباره عملا يعاقب عليه جزائيا[[72]](#footnote-73).

ولكن عندما يتعلق الأمر بعامل غير محمي بشكل خاص، و إنما بعامل من دون عهدة تمثيلية، فإن محكمة النقض الفرنسية تقبل هذا النوع من الإنهاء، مع إمكانية طلب الفسخ القضائي اعتبارا من أن ذلك ليس ممنوعا في نصوص المادة 122-4 و ما يليها من قانون العمل الفرنسي[[73]](#footnote-74).

ولكن هذا المنحى الذي يمكن إتباعه من طرف رب العمل قد لا يشكل بالنسبة له مصلحة حقيقية Réel intérêt إذا لم ينطق القضاء بالفسخ القضائي، إلا في حالة الخطأ الخطير للعامل الأجيرLa faute grave، ففي هذه الحالة يمكن لرب العمل توقيع التسريح دون التقيد بمهلة العطلة Préavis و دون دفع تعويضات التسريح.

فإذا كان القضاة لا يشترطون وجود خطأ خطير للحكم بالفسخ القضائي "والمادة 1184 من القانون المدني الفرنسي لا تشترط وجود خطأ خطير من جانب أحد المتعاقدين"، فإن أرباب العمل يمكن لهم اللجوء لهذه الطريقة لتحقيق إنهاءا قضائيا للعقد Résiliation judiciaire du contrat.

ويجب عدم الخلط بين فسخ العقد و انفساخه، حيث أن فسخ العقد يقع بإرادة أحد طرفي العقد ردا على عدم وفاء الطرف الآخر أو إخلاله بأحد التزاماته الجوهرية رغم قدرته على ذلك وهو في ذلك يختلف عن انفساخ العقد والذي يقع بقوة القانون بشكل تلقائي لاستحالة تنفيذ محل العقد بسبب لا دخل لإرادة أي من المتعاقدين فيه، كما في حالة الهلاك الكلي لمحل العقد[[74]](#footnote-75).

وهناك القوة القاهرة كسبب لإنهاء عقد العمل وهي الطريقة التي وضع القضاء شروطا لإمكانية اعتبارها سببا لإنهاء عقد العمل، فيجب أن يكون الفعل غير متوقع Imprévisible وخارجي Extérieure عن الطرف الذي يثيره، ولا يمكن رده، ويؤدي إلى استحالة مطلقة ونهائية لإمكانية تنفيذ العقد[[75]](#footnote-76).

ولم يتطرق القانون الجزائري بنصوص قانون العمل 90/11 إلى القوة القاهرة عند حديثة عن أسباب إنهاء علاقة العمل في المادة 66.

وبالعودة للقانون المدني فإن الحديث عن القوة القاهرة قد ورد في القسم المتعلق بالمسؤولية عن الأعمال الشخصية وبالضبط في المادة 127[[76]](#footnote-77) و بالتالي فهي خاصة أكثر بتبيين حالة انتفاء مسؤولية الشخص عن الضرر الذي يرتكبه إذا ما لم تكن له يد في الحادث الذي أدى إليه و أن الأمر متعلق بحادث مفاجئ أو قوة قاهرة.

غير أنه لم يرد الحديث عن القوة القاهرة في القسم الخاص بآثار العقد وهو الملزم للجانبيين، وهو الذي يهمنا في عقد العمل، واقتصر الحديث في المادة 107 الفقرة الثالثة على الحوادث الاستثنائية التي تحدث أثناء تنفيذ العقد والتي لم تكن في الحسبان، و بالتالي يتضح أنه لا يمكن تطبيق هذه المادة على عقد العمل.

فيمكن للقاضي المدني أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول وبالتالي فلا وجود للقوة القاهرة لأن من شروطها أن تمنع نهائيا الاستمرار في تنفيذ العقد، وهو مالا ينطبق على عقد العمل، ويبقى رب العمل ملزما بإعادة تشغيل نفس العمال في حالة معاودة نشاطه.

نخلص إلى أنه كان جدير بالمشرّع الجزائري أن ينص في قانون 90/11، على القوة القاهرة لإنهاء علاقة العمل، ولذلك نقترح أن تضاف إلى المادة 66 من قانون 90/11 حالة القوة القاهرة لانتهاء عقد العمل مع تبيين ما تؤدي إليه من آثار قانونية.

وأما القانون الفرنسي فكان موقفه بحسب نوعية علاقة العمل، ففي إطار علاقة العمل غير محدودة المدة فإن مبلغا تعويضيا معادلا لما ينجم عن تطبيق المواد 122/8 و 122/9 من قانون العمل الفرنسي، بمعنى مبلغا معادلا لأجرة مهلة العطلة Préavis والتسريح[[77]](#footnote-78)، يتم دفعه للعامل.

وأما علاقة العمل محددة المدة فإن التعويض المعادل يكون مساويا لما ينجم عن تطبيق المادة 122/3-8[[78]](#footnote-79) من قانون العمل الفرنسي، والإجراء في هذه الحالة يتمثل في أن يقوم رب العمل بتقديم ما يبرر ديون العمال إلى الوكالة التي تضمن تسوية التعويضات خلال 5 أيام من تاريخ توصلها بالطلب، وفي حالة رفضها يجب أن تبلغ العامل الأجير المعني بالتعويض الذي يحق له في هذه الحالة عرض نزاعه معها على القضاء العماليConseil de Prud’homme ويجب التذكير أن رب العمل ليس مجبرا على إعادة التوظيف Réembauchage إذا ما عاود ممارسة نشاطه.

ولقد اعتبر القضاء الفرنسي بعض الحالات مقبولة للحديث عن القوة القاهرة، كالحريق الذي يؤدي إلى الإتلاف الكلي لمحلات ومعدات المؤسسة، بشرط أن يكون التوقف عن النشاط حالة لا يمكن دفعها أو التهرب منها[[79]](#footnote-80)، أو حالة وفاة العامل وليس رب العمل.

ولا يكون أرباب العمل مدينين في ذلك، لا فيما يخص مهلة العطلة ولا فيما يخص التسريح اعتبارا من أن هذه الالتزامات تتعلق بنتائج التسريح الذي لم ينطق به في هذه الحالة.

ولقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها[[80]](#footnote-81) بأن دعوى الفسخ القضائي لعقد العمل تعد مقبولة طالما هي مؤسسة على عدم تنفيذ أحد أطراف العقد لالتزاماته، حتى و إن لم يكن تنفيذها، له طابع الخطأ الخطير أو نظرية فعل الأمير Le fait du prince.

ومعنى ذلك استحالة ممارسة النشاط بسبب قرار إداري نهائي لم يكن بسبب خطأ لرب العمل أو العامل، وكان غير متوقع.

وكمثال عن فعل الأمير عدم تجديد بطاقة العمل، أو قيام وزارة الداخلية بسبب اعتمادها لحالة عامل في Casino، ورفض بعض الحالات الأخرى كأسباب للقوة القاهرة مثل التوقف عن النشاط أو غلق المؤسسة أو تصفيتها أو تسويتها قضائيا، أو عدم تجديد التنازل لاستغلال نشاط معين، أو خطأ مرده عدم احترام ما جاء به دفتر الشروط Cahier des charges، أو تحطّم أجزاء البناية المعدة للعمل لسبب يرجع لغياب العناية.

وأما بالنسبة للآثار القانونية الناجمة عن القوة القاهرة فإن رب العمل ليس مجبرا على احترام الإجراءات الخاصة بالفصل، و غير ملتزم بالنتيجة، فيما يخص دفع علاوة مهلة العطلة الناجمة عن الفصل أو التعويض عنه، ولا يتابع بناءا عليه على الإنهاء التعسّفي.

ولكن بالمقابل يبقى رب العمل ملتزما ومدينا بدفع مبلغ العطلةLes indemnités de congés payésوهذا في إطار حماية حقوق العمال إذا ما انتهت علاقة عملهم لقوة قاهرة ناجمة عن زلزال مثلا.

**المطلب الرابع : تحديد مكانة الخطأ التأديبي والموجب للتسريح.**

إن انتهاء علاقة العمل يكون لأسباب عديدة نابعة كلها من عنصر الإخلال سواء كان هذا الإخلال على شكل صورة للخطأ التأديبي أو صورة للخطأ العقدي أو الخطأ التقصيري.

فإذا أردنا أن نتحدث عن الفصل التأديبيLe Licenciement Disciplinaire دون غيره من عناصر الإنهاء، كان لزاما التفريق بين الخطأ التأديبي البالغ لدرجة معينة من الخطورة والذي هو موضوع رسالتنا إذ يرتبط مباشرة بالخطأ الشخصي للعامل والذي يؤدي إلى تسريحه، و الخطأ العقدي الذي يُخِل بالتزام معين دون أن تصل عقوبته إلى حد عزل العامل.

إن رب العمل يمكنه ضمن الإطار القانوني التصرف بعدة طرق اتجاه التنفيذ المعيب من العامل، للمهام الموكلة له، كرفض العمل أو تحطيم المعدات أو التأخر عن العمل أو خرق أحكام النظام الداخلي أو الأحكام المتعلقة بالنظافة والأمن أو القيام بأعمال عنف...الخ.

فيشمل التصرف الأول الذي يباشره رب العمل في تكييف ما قام به العامل خطأ تأديبيا للنطق بالعقوبة من الإنذار إلى الفصل، مرورا بالتنزيل من الرتبة، والتوقيف عن العمل لفترة معلومة Mise à pied.

ولكن ألا يمكن لرب العمل أن يوظف المسؤولية المدنية للعامل، بمعنى مطالبته بالتعويض نظير ما سبّبه له بخطئه العقدي؟ Un préjudice imputable à sa faute contractuelle ?

بالنسبة للقانون المدني الجزائري نجد نص المادة 119 منه التي أشرنا إليها سابقا تعطي الحق للمتعاقد الذي يكتشف عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته، من أن يطالبه بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين.

ومعنى ذلك أن المتعاقد الآخر حتى وإن استجاب وواصل تنفيذ العقد، فإن المتعاقد الذي تضرّر من توقف المتعاقد الآخر لمدة زمنية معينة، له أن يطالبه أمام القضاء بالأضرار التي لحقته، ولكن عبارة "مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك" الواردة في المادة 119، يفهم منها أنه يجب للمطالبة بهذا التعويض أن يكون الضرر اللاحق بمن يطلبه قد اقتضى تلك المطالبة، وأنه بلغ حدا معينا لا يطاق ولا يمكن تمريره دون تعويض مدني.

فواضح أن رب العمل حسب القانون الجزائري يمكنه الاستفادة من خيار ترتيب المسؤولية المدنية على العامل الذي قصّر في تنفيذ مهامه، وهو في الجانب الآخر يمكنه التصرف بمعاقبة العامل لكونه ارتكب خطأ تأديبيا.

وما يبرر سلطة رب العمل في اللجوء لتأديب العامل هو أولا الطابع التعاقدي الذي يجمع بينهما، وكان إلى وقت قريب يتم إدراج ما يمكن أن يؤدي إلى مساءلة تأديبية أو عقوبة تأديبية ضمن النظام الداخلي للمؤسسة.

ففي النظام الداخلي للمؤسسة يمكن لرب العمل أن يعاقب العامل بغرامة مرتفعة جرّاء خطأ ارتكبه إذا ما تمت الإشارة إليه في النظام الداخلي، الذي قبله العامل بصفة ضمنية فأصبح جزءا من العقد المبرم بينهما[[81]](#footnote-82).

ولكن بما أن هذا التحليل قد يمس سلطة رب العمل التأديبية، فإن محكمة النقض الفرنسية قامت بتفسير مؤسساتي Interprétation Institutionnelle، فعقوبة التوقيف Mise à pied وإن كان منصوص عليها في النظام الداخلي، فإن ممارستها من طرف رب العمل لا تكون بمرجعية تعاقدية وبقانون تعاقديDroit contractuel، ولكن بممارسة سلطة تأديبية منفصلة عن صفته كرئيسInhérent à sa qualité de patron.

ثم قبلت محكمة النقض الفرنسية، بفرضية قيام رب العمل بتحويل الهدف من ممارسة سلطته التأديبية لأجل مصلحة المؤسسة، واتضح لمحكمة النقض الفرنسية أن مبدأ تحويل السلطة المتعارف عليه في القانون الإداري لم ينشأ عنه إبطال العديد من العقوبات التأديبية الصادرة، وأقرت بناءا عليه بغياب أي تحويل للسلطةAbsence de tout détournement de pouvoir.

وقد نجد سبيلا آخر للقول بأن الفعل الموجب للمسائلة التأديبية يمكن أن يشكل خطأ تأديبيا من خلال ملاحظة ما أقره المشرّع في هذا الصدد.

فعلى خلاف المشرّع الجزائري الذي لم يلزم رب العمل بمدة زمنية معينة لتحريك متابعته التأديبية للعامل لخطأ تأديبي ارتكبه، فإن المشرّع في فرنسا نص في المادة 122/44 من قانون العمل الفرنسي على أن أي فعل لا يمكن أن يؤدي لوحده إلى القيام بمتابعات تأديبية بعد مرور شهرين من علم رب العمل بهذا الفعل، ما عدا حالة أن يؤدي هذا الفعل خلال تلك الفترة إلى متابعات جزائية (إذ وفي المتابعة الجزائية يسقط شرط أجل الشهرين)، ولا أن يقوم رب العمل بتسليط عقوبة جديدة على نفس الفعل بعد مرور 3 سنوات، أو القيام بمتابعات تأديبية لنفس الفعل[[82]](#footnote-83).

فيتضح أن عنصر الزمن يشكل بحسب هذه المادة القانونية معيارا لمعرفة الخطأ الموجب للتأديب.

فلن يكون رب العمل ممارسا شرعيا لسلطته التأديبية بحسب النص الفرنسي إذا ما هو قام بمتابعة عامل أجير تأديبيا في بداية مارس بسبب أنه تغيب دون عذر لمدة يوم في بداية شهر يناير، فيكون إجرائه مشوبا يعيب التعسف في استعمال السلطة، ويؤدي إلى بطلانه.

فمن خلال ما ذكرناه نستخلص أن الخطأ العقدي والخطأ التأديبي يتشابهان في كونهما يمسّان بما تم الائتمان عليه في العقد المبرم بين الطرفين، بحيث يرتكب العامل ما يعد مساسا بالتنفيذ السليم لالتزاماته مما يستوجب تدخل رب العمل.

ولكن هذا التدخل هو الذي يصنع الفرق بين هاذين الخطأين، فهو إن تدخل باعتباره قائدا للمؤسسة ويتمتع بالسلطة التأديبية Le Pouvoir disciplinaire فإن الأمر ينصرف مباشرة إلى طبيعة قانونية خاصة بقانون العمل.

أما إذا تصرف اتجاه نفس الفعل على أساس فرض التزام تعاقدي طبقا لأحكام الشريعة العامة وهي القانون المدني، فإن الأمر يهدف إلى تسوية الضرر الذي لحقه، وبالتالي طبيعة مدنية، ويكون في هذه الحالة غير ملزم باحترام معيار الزمن في هذه الحالة، المستخلص من أحكام القانون المدني الفرنسي[[83]](#footnote-84).

أما رأينا الشخصي، فنرى أن الخطأ التأديبي هو ذلك الخطأ الذي يوجب استعمال رب العمل لسلطته التأديبية دون أن يصل مداها إلى حد تهديد العامل الأجير في فقدان منصب عمله، فهو يسلط عليه عقوبات تتراوح بين الغرامة والتوقيف عن العمل ليوم أو يومين أو ثلاثة أيام، وهي عقوبات تأخذ شرعيتها من كون أن العامل أخلّ بأحد التزاماته العقدية أو تهاون في إتقان عمله أو تغيب عن عمله دون مبرر.

وإضافة إلى شرعيتها كما قلنا، والمتمثلة في كونها الجزاء المقابل لهذا الإخلال، فإن مصدرها يكون إما التشريع المتمثل في القواعد العامة المنظمة للعقد في القانون المدني أو في قانون العمل كقانون خاص، أو التنظيم الداخلي للمؤسسة، أو الاتفاقيات و الاتفاقات الجماعية.

في حين لا يكون الخطأ عقديا إلا إذا مسّ بأحد مكونات العقد أو مستلزمات تنفيذه كالمنافسة الغير مشروعة التي تم منعها ببند خاص منوّه عنه في العقد المبرم بينهما.

غير أن هذه التفرقة بين الخطأ العقدي والخطأ التأديبي لا تتضح في رأينا إلا بعد ملاحظة الإجراء الذي سلكه ربّ العمل.

فإذا كان سلوكه مبينا على القواعد الموجودة في قانون العمل والخاصة بأحقيته في قيادة المؤسسة وامتلاكه لسلطة التأديب Le pouvoir disciplinaire فهنايكون الخطأ تأديبيا.

وإذا استقر رأيه على أن يسلك فسخ العقد فإن الخطأ يكون عقديا، فالأمر يتعلق بتصرف رب العمل اتجاه ما ارتكبه العامل من أخطاء[[84]](#footnote-85).

وأما الفصل التأديبي Le licenciement disciplinaire الذي ينجم عنه فقدان العامل لمنصبه في العمل، فلن يكون إلا في حالات ذكرها المشرّع صراحة، أو حالات أخرى مشابهة لها في الخطورة والنتائج المترتبة عنها.

فالحياة المهنية قد تفرز أخطاء لم يذكرها المشرّع و لكنها مشابهة للحالات المذكورة على سبيل المثال، فيكون الفصل التأديبي أقصى عقوبة يملكها رب العمل في ممارسة أحقيته في التأديب Son droit disciplinaire وتسليطه على العامل، ويؤدي إلى إنهاء علاقة هذا الأخير به وتبعيته له، وهذا فرق جوهري أساسي بين الخطأ التأديبي الذي ينظمه القانون التأديبي Le droit disciplinaire بصفة عامة، والفصل التأديبي "التسريح التأديبي Le licenciement disciplinaire للخطأ الشخصي المحدّد في مضمونه وخطورته والظروف التي ارتكبت فيهLe licenciement disciplinaire pour une faute personnel, et qui est précis dans son continue et sa gravité et les conditions dans lesquelles la faute s’est produite.

غير أن الأمر ليس بهذه السهولة، ذلك أن مصطلح الفصل من الخدمة لازال على رأس مشاكل قانون العمل التي تهتم بها منظمة العمل الدولية، لذلك سنعمل في الفصل الموالي على دراسة الخطأ الشخصي الموجب لتسريح العامل تأديبيا.

الفصل الثاني:

الخطـأ الشخصـي الموجب

لتسريـح العامـل تأديبيـا

يفرض عقد العمل المبرم بين رب العمل والعامل الأجير التزامات متبادلة لابد على كل طرف أن يحترم حدودها وأن يسعى إلى تحقيقها قدر الإمكان طبقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

فكما يلتزم رب العمل بدفع أجر العامل مقابل ما أدّاه من عمل، يلتزم العامل الأجير هو الآخر ببذل كامل طاقته في تأدية العمل المنوط به دون أن يقصّر في ذلك بعدم الإتقان أو بالتغيب عن العمل.

ولكن الأمر يختلف من حيث قوة ردع التصرف الخاطئ الصادر عن أحدهما، فإذا كان العامل الأجير يملك حق الاستقالة، فإن رب العمل وعلى العكس من ذلك يملك حق توقيف العامل ليوم أو يومين كعقوبة ابتدائية ثم البدء في إجراءات تسريحه إن هو ارتكب خطأ جسيما طبقا لأحكام قانون العمل.

ومن هذا المنطلق تبرز أهمية تحديد الخطأ الشخصي الموجب لتسريح العامل تأديبيا، طالما أن ذلك يشكل تهديدا للعامل الأجير في مصدر رزقه.

هذا ما سنتعرض إليه في هذا الفصل الثاني من خلال دراسة:

**المبحث الأول :** أنواع الخطأ الموجب للمسائلة القانونية.

**المبحث الثاني :**أساس سلطة توقيع التسريح التأديبي على العامل.

**المبحث الأول : أنواع الخطأ الموجب للمسائلة القانونية**

في هذا المبحث سنتطرق إلى تقسيم الخطأ طبقا للقواعد العامة ثم تقسيم الخطأ الشخصي وفقا لقانون العمل الجزائري والمقارن ، وذلك في المطلبين التالين:

**المطلب الأول:** تقسيم الخطأ الشخصي وفقا للقواعد العامة.

**المطلب الثاني:**تقسيم الخطأ الشخصي وفقا لقانون العمل الجزائري والمقارن.

**المطلب الأول: تقسيم الخطأ الشخصي وفقا للقواعد العامة.**

يطرح تحديد الخطأ تحديدا دقيقا صعوبات أوجدها عدم تحديد النصوص القانونية للمقصود بفكرة الخطأ، فكان من المنطقي أن ينعكس ذلك الافتراض و الإبهام على تدريجات هذا الخطأ وتقسيماته.

وفي هذا المطلب سنحاول تحديد أنواع الخطأ التي يتداولها القانون والفقه وفقا لأحكام القواعد العامة، وذلك فيما يلي:

**الفرع الأول:** الخطأ العمدي.

**الفرع الثاني:** الخطأ غير العمدي.

**الفرع الثالث:** موقف المشرّع الجزائري من فكرة الخطأ.

**الفرع الأول: الخطأ العمدي.**

نصت المادة 124 من القانون المدني على "كل عمل أيا كان، يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"[[85]](#footnote-86)،

من هذا النص القانوني يتضح أن الخطأ العمدي يجب أن تتوفر فيه العناصر التالية :

**العنصر الأول : ارتكاب الخطأ:**

ومعنى ذلك أن يقوم الشخص بارتكاب أي عمل يترتب عليه مساس بالغير، بحيث أن التصرف الذي يقوم به يغيّر من وضعية هذا الغير ويجعله في حالة المتضرر من هذا التصرف بحيث لولاه لما تغيرت وضعيته، ولما وصل إلى حد المطالبة بالتعويض عنه .

**العنصر الثاني: حدوث الضرر.**

ما اشترطه نص المادة 124 من القانون المدني أن ينجم عن هذا التصرف الذي قام به الشخص ضررا بالغير، فبدون ضرر لا يحق لهذا الغير المطالبة بالتعويض.

فزيادة على شرط التصرف الخاطئ بحسب المادة 124 لا بد أيضا أن تكون نتيجة هذا التصرف إلحاق الضرر بهذا الغير، فإذا لم يكن هناك ضرر فلن يكون هناك حديث عن تصرف خاطئ .

**العنصر الثالث : علاقة السببية بين التصرف الخاطئ والضرر .**

لا بد أن تكون هناك علاقة مباشرة بين التصرف الخاطئ الذي يقوم به الشخص، والضرر كنتيجة لحقت بالغير، بحيث تكون هناك علاقة سببية بينهما.

فلو أن العامل السائق للشاحنة المملوكة لرب العمل قام بإعلام الميكانيكي التابع للمؤسسة، بعدم صلاحية الشاحنة لقطع مسافة معينة، فأقنعه بعكس ذلك، فإن حدوث ضرر للشاحنة أثناء قطعها لهذه المسافة، يتحمله الميكانيكي، لأنه لم يقدّر حالة الشاحنة تقديرا كافيا، ولا يكون السائق مسؤولا لأنه أبرأ ذمته عند اتصاله بهذا الميكانيكي لإخباره بحالة الشاحنة .

فكل عمل يأتيه الشخص ويسبب ضررا للغير يلزمه بالتعويض.

وما يلاحظ على هذا النص أنه جاء عامّا، ولم يحدد ما إذا كان العمل الذي يقوم به الشخص عملا غير مشروع حتى يخضع للمسائلة، فهو بحكم هذا النص يمكن أن يقوم بعمل مشروع وبالرغم من ذلك يخضع للمساءلة إذا ما نجم عن عمله المشروع ضررا للغير[[86]](#footnote-87).

وترى الأستاذة حمدان[[87]](#footnote-88) أنّ الخطأ التعاقدي لا يمكن أن يحدث إلاّ عندما لا يقوم أحد الأطراف بتنفيذ ما عليه من التزام.

إتباعا لذلك راح القضاء الجزائري يستعمل سلطته التقديرية في تقدير قيمة الضرر، ففي قرار لها مؤرخ في 15/11/1989[[88]](#footnote-89)، أكدت المحكمة العليا أن قضاة الموضوع الذين تساءلوا عن ملكية الأنبوب موضوع النزاع، في حين أن الطاعن قد طالب بإصلاح الضرر اللاحق به، يكونون بقضائهم كما فعلوا، قد خالفوا المادة 124 من القانون المدني التي تلزم مسبّب الضرر بإصلاحه.

ومواصلة لقرارها، تؤكد المحكمة العليا أن المطعون ضدها لم تنكر وجود عقد وعد بالبيع بينها وبين الطاعن، وأنها طالبت بفسخ هذا العقد دون إنذار المدين، وهي بذلك أخلّت بالتزامها التعاقدي، مسبّبة ضررا للمدعى، الذي من حقه أن يطالب بالتعويض عمّا أصابه منه طبقا للمادة 124 من القانون المدني.

وأن اكتفاء قضاة الاستئناف برفض دعوى تعويض الطاعن تأسيسا على أنه هو الآخر قد ارتكب خطأ، لكون المطعون ضدها أكدت بأنها طالبته بدفع باقي الثمن بهدف الإسراع في عملية إتمام البيع ولكنه رفض وتماطل، فإنهم بقضائهم هذا لم يسبّبوا قرارهم تسبيبا كافيا.

ويذهب الفقيه مازو[[89]](#footnote-90)Mazeaud إلى أنه مادام الخطأ العمدي، أساسه توافر هذا القصد أو عدمه، فإنه بعبارة أخرى يجب أن يكون تقدير الخطأ تقديرا شخصيا أو واقعيا، لا تقديرا موضوعيا مجرّدا.

بينما يذهب الأستاذ السنهوري إلى القول بأن الخطأ العمدي يقاس بالمقياس الموضوعي كما يقاس خطأ الإهمال[[90]](#footnote-91).

ونرى في الأخير أن الخطأ العمدي يقاس بجميع مكوناته المادية و النفسية، فالمكونات المادية هي الأفعال المخلّة بالواجب المفروض على المخطئ، والمكونات النفسية هي الرغبة والقصد في إضرار الغير، وتتم معرفة الأولى بإعمال المعيار الموضوعي، والثانية بإعمال المعيار الشخصي.

أما القضاء الفرنسي فلأنه يأخذ بالمساواة بين الخطأ الجسيم و الخطأ العمدي، فقد اعتبر أنه يكفي في ترتيب حكم الخطأ العمدي مجرد توقع حدوث الضرر دون اتجاه القصد إليه.

فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها عام 1969،[[91]](#footnote-92) إلى التوسع في مفهوم الخطأ العمدي حيث قرّرت أنه "يرتكب المدين خطأ تدليسي إذا رفض عمدا تنفيذ التزاماته العقدية، ولو لم يكن الرفض تمليه نية الإضرار بالعاقد الآخر".

ونقضت حكم قضاة الموضوع "استئناف باريس" الذي رفض الحكم على المدين، وكان ممثلا في شركة "الكوميدي فرانسيز" حين اشترك في تمثيل فيلم خلافا لعقده معها، الذي يمنعه من الاشتراك في أي عمل فني أخر إلاّ بموافقتها.

فرفض القضاء الحكم عليه بتعويض يجاوز المبلغ المحدد في الشرط الجزائي، تأسيسا على أنه يتعين لهذا أن تقيم هذه الشركة الدليل على أن الممثل لم تكن لديه إرادة عدم تنفيذ التزاماته، بل إنه أيضا قد تصرف قاصدا الإضرار بالعاقد الآخر، وهو ما رفضته محكمة النقض حين قررت أنه لا يشترط لتوافر الخطأ التدليسي ضرورة توافر نية الإيذاء، فالخطأ العمدي هو الإخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الإضرار بالغير[[92]](#footnote-93).

وفي معنى أوضح هو اتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر[[93]](#footnote-94)، ومن تم فالخطأ العمدي يعد أشد درجات الخطأ، فهو على قمة سلّم تسلسل الأخطاء، وذلك لما فيه من رغبة أكيدة في إحداث الضرر.

فالعمد معناه مطابقة الافتراض للحدث الذي وقع، فالفعل يكون عمديا إذا كان الحدث فيه قد توقعه الفاعل وأراده على أنه نتيجة العمد مع توجيه الفاعل لإرادته، التي يفترض فيها الحرية، نحو تحقيق نتيجته المطلوبة، إذا ما تطلب القانون توافر نتيجة معينة.

وعلى ذلك فإن العمد يتطلب عنصرين، عنصر الإرادة الحرة، وهو ما يشترط لتقرير المسؤولية بوجه عام، وعنصر القصد في تحقيق النتيجة التي تتجه إليها الإرادة[[94]](#footnote-95).

ولقد كان من المستقر إلى عهد قريب أن الخطأ العمدي La faute intentionnelle على النطاق التقصيري له ذات المفهوم الذي للغش Le dolعلى النطاق التعاقدي[[95]](#footnote-96)، بحيث لا يوجد أي منهما إلاّ إذا توافرت لدى الفاعل نية الإيذاء L’intention de nuire، أي إرادة إحداث الضرر.

وهو ما يعني أنه لا يكفي لوجود الخطأ العمدي مجرد أن يريد الفاعل الفعل ذاته، بل يجب زيادة على ذلك أن يكون قد أراد النتيجة الضارة المترتبة عليه.

ولقد عبّرت الأستاذة فيني عن ذلك بقولها: "ليس هناك في الحركة المستمرة لتعريف الأخطاء المدنية أمر مكتسب، ومنذ عهد بعيد، سوى أن الخطأ التدليسي يتميز بنية الإيذاء أي الإرادة الإيجابية لإحداث الضرر"[[96]](#footnote-97).

**الفرع الثاني: الخطأ غير العمدي.**

يكون الخطأ غير عمدي عندما يقع الإخلال بواجب قانوني بغير أن يتجه قصد الفاعل إلى إحداث الضرر[[97]](#footnote-98) وهو أيضا يتكون من عنصرين، إحداهما نفسي وهو التمييز أو الإدراك، والثاني مادي وهو الإخلال بواجب.

ويدخل تحت الخطأ غير العمدي كل صور الإهمال وعدم التبصّر والخفة والجهل بما ينبغي عمله، وعدم بذل العناية المعتادة، وعدم الوفاء بالتزام محدد، وكل هذه الصور تترجم الأخطاء غير العمدية، وتتميز بعدم وجود قصد إحداث الضرر.

ويقاس الخطأ غير العمدي بالمقياس الموضوعي المجرّد عن كل ظرف شخصي،[[98]](#footnote-99) فقياس الإهمال وعدم التبصّر يكون بما يجب أن يصدر عن رجل عادي الذكاء واليقظة، والمعيار الذي يعتمد مقياسا لذلك هو معيار رب الأسرة الحريص على شؤون أسرته Bon père de famille، وعلى ذلك فمن ينحرف عن سلوك رب الأسرة المعني بشؤون أسرته، و نقصد به الرجل العادي في ذكائه ويقظته وتبصره، يكون مقترفا لخطأ[[99]](#footnote-100).

وهذه الفكرة في مجموعها، يقترب منها إلى حد كبير تلك التي تحكم القانون الروماني، والتي يشار إليها غالبا بالرجل العاقلPater familias .

فقد صدر في القرن التاسع عشر في انجلترا حكم شهير في قضية Biyth Bciming haunwater works[[100]](#footnote-101) أوضح معيار المستوى المطلوب من الحرص حيث جاء فيه أن "الإهمال هو الامتناع عن فعل كان يتعين على الرجل العاقل، بالنظر إلى الاعتبارات التي تحكم عادة السلوك الإنساني، القيام به، أو القيام بفعل لا يتعين على الرجل الحريص أو العاقل أن يفعله"[[101]](#footnote-102).

فمعيار الخطأ إذن هو ذلك الرجل العاقل، و هو الرجل العادي، و يوصف الرجل العاقل أيضا بأنه رجل الشارع The man in thestreet و هو الرجل الذي له صفات عادية لا أكثر من ذلك.

و أما عن درجات الخطأ غير العمدي فسنتحدث عنها عبر البنود التالية:

**البند الأول:** الخطأ غير المغتفر La faute inexcusable

**البند الثاني:** الخطأ الجسيمLa fautelourde

**البند الثالث:** الخطأ اليسيرLa fautelégère

**البند الأول: الخطأ غير المغتفر La faute inexcusable.**

الخطأ غير المغتفر درجة من درجات الخطأ استحدثها المشرّع الفرنسي في قانون تأمين إصابات العمل الصادر في سنة 1898، حيث ابتكره واضعوه للتوفيق بين اتجاه مجلس النواب في عدم الاعتداد بغير الخطأ العمدي، وبين رغبة مجلس الشيوخ في الأخذ بالخطأ الجسيم، وذلك لتعديل أحكام الضمان الذي نظمه هذا القانون، فيأخذ مكانه بين هذين الاصطلاحين ليكون أشد من الخطأ الجسيم و أقل من الخطأ العمدي[[102]](#footnote-103).

وأصدر المشرّع الفرنسي قانون 09/04/1898 بعد مناقشات برلمانية واسعة النطاق دامت مدة عشرين عاما معتنقا لنظرية المخاطر.

تلك النظرية التي ولد هذا القانون موصوفا بها، فبدأ بولادته التحول الحقيقي نحو الحماية القانونية في مواجهة الأخطار المهنية، إذ نص في مادته الأولى على التزام رب العمل بتعويض العامل إذا ما أصيب بسبب أو بمناسبة العمل Par le fait ou à l’occasion du travail.

وإذا كان أساس هذا التعويض مازال هو المسؤولية المدنية، فإنها مسؤولية لا تقوم على فكرة الخطأ "مفترضا كان أو واجب الإثبات"، وإنما يقوم على فكرة جديدة كشفت عنها المناقشات البرلمانية التي سبقت إقراره و إصداره، وهي فكرة عبّر عنها الفقهاء بنظرية المخاطرThéorie des risques أو تحمّل التبعة[[103]](#footnote-104).

لقد حاول قانون 1898 في فرنسا الإبقاء على الخطأ كأساس ضيق للمسؤولية المدنية، و في نفس الوقت النظر إليه باعتباره أحد الأسس التي تقوم عليها المسؤولية المدنية.

وهو للتوفيق بين المسؤولية الموضوعية والمسؤولية الخطيئة أورد فكرة الخطأ غير المغتفر في المادة 20 من هذا القانون و التي جرى نصها على النحو التالي[[104]](#footnote-105):

1. إذا تعمد المضرور إصابة نفسه فإنه لا يستحق التعويض المقرر في هذا القانون.
2. ومن حق المحكمة متى ثبت لها أن الحادث قد وقع نتيجة خطأ غير مغتفر، أن تنقص مقدار التعويض المحدد في الباب الأول.
3. وإذا تبين للمحكمة أن الحادث وقع نتيجة خطأ غير مغتفر من صاحب العمل أو من ينوب عنه في الإدارة فإنها تزيد من مقدار التعويض، على أن لا تتجاوز قيمة التعويض المستحق، بعد الزيادة، كامل قيمة الأجر السنوي الفعلي.

وبعد أن ورد ذكر الخطأ غير المغتفر La faute inexcusable لأول مرة في فرنسا في المادة20 من قانون 09/04/1898 المتعلق بالتعويض عن إصابات العمل، انتقلت هذه الفكرة أولا إلى قانون إصابات العمل الفرنسي الصادر في 30/10/1946.

فلقد نصت المادة 546 الفقرة 2 منه، على أنه "إذا وقع الحادث بخطأ من رب العمل لا يغتفر، ترتب على ذلك زيادة قيمة التعويض".

كما نصتالفقرة الثانية من المادة نفسها "546" على أنه "لا يجوز لرب العمل أن يؤمن ضد مسؤوليته عن نتائج أخطائه التي لا تغتفر"[[105]](#footnote-106).

ولقد أخذت بفكرة الخطأ غير المغتفر La faute inexcusable بعض الاتفاقيات الدولية كاتفاقية فارسوفيا في 12/10/1929 المتعلقة بتنظيم بعض المسائل الخاصة بالنقل الجوي،[[106]](#footnote-107) والمعدلة والمتممة ببرتوكول لاهاي في 28/09/1955.

وأما القانون المصري فظهرت فيه فكرة الخطأ غير المغتفر لأول مرة في قانون 1936 الخاص بإصابات العمل، وكان في ذلك متأثرا إلى حد كبير باتجاهات القضاء الفرنسي.

فنص في المادة 3 من هذا القانون على الحالات التي لا يلتزم فيها صاحب العمل بالضمان، بحيث جاءت الفقرة "ج" من هذه المادة بالقول "يعفى صاحب العمل من الضمان إذا حدثت الإصابة بسبب سلوك فاحش ومقصود من قبل العامل، ويعتبر في حكم ذلك:

* 1. كل فعل يحدثه العامل تحت تأثير الخمر أو المخدرات.
  2. مخالفة التعليمات العامة التي يضعها صاحب المحل، أو مخالفة الأوامر الصريحة التي يصدرها رئيس العمل، و يشرف على تنفيذها في حدود سلطته، أو عدم استعمال العامل لأجهزة الوقاية و يعلم أنها موضوعة لسلامته.

ويكون المشرّع المصري بذلك قد عبّر عن فكرة الخطأ غير المغتفر La faute inexcusable بسوء السلوك الفاحش والمقصود من جانب المصابLa mauvaise conduite flagrante et intentionnelle.[[107]](#footnote-108)

ولمّا كان كل من المشرّع الفرنسي والمصري، لم يبينا المقصود من اصطلاح سوء السلوك الفاحش والمقصود، فإن مهمة تحديده تقع على عاتق الفقه و القضاء.

فقد عرّفت محكمة النقض الفرنسية الخطأ غير المغتفر في حكمها الشهير الذي صدر عن دوائرها مجتمعة في 15/06/1941 على أن الخطأ غير المغتفر هو "خطأ ذو جسامة استثنائية، ناجم عن فعل أو امتناع إرادي، مع إدراك فاعله بخطره، وانعدامه من كل مبرّر، و يتميز عن الخطأ العمدي بتخلف عنصر القصد فيه"[[108]](#footnote-109).

وأصبح هذا التعريف منهاجا بعد ذلك، للقضاء في تكييفه للوقائع المكوّنة لهذا الخطأ.

حيث أصبح يستلزم توافر الشروط التي تضمنها تعريف محكمة النقض الفرنسية، وأصبحت تلك الشروط تشكل الخصائص المميّزة للخطأ غير المغتفر.

وهي الخصائص التي عدّدتها محكمة النقض، فيما يتعلق بقانون حوادث العمل، ليتم الاعتماد عليها لمعرفة مدى وجود خطأ غير مغتفر، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث لها صدر عام 1980 بشأن حوادث العمل والخطأ غير المغتفر لرب العمل، حيث أشارت في حيثياته إلى المناقشات التي أثيرت بشأن الخطأ غير المغتفر من جانب أعضاء مجلس النواب و مجلس الشيوخ بمناسبة وضع قانون 09/04/1898 والتي جاءت فيها فكرة الخطأ غير المغتفر.

ومن تعريف محكمة النقض الفرنسية للخطأ غير المغتفر، نستطيع أن نستخلص عناصر الخطأ غير المغتفر، والتي يمكن إجمالها في:

- الجسامة الاستثنائية للخطأ، وفي الصفة الإرادية للفعل أو الترك مع إدراك الخطر أو العلم به، وانتفاء كل سبب يبرّره و انتفاء القصد من إحداث الضرر.

- أنّ الخطأ غير المغتفر في مجموع الأخطاء، يكون أقل من الخطأ العمدي وأشد من الخطأ الجسيم، فمن يرتكبه يكون قد ارتكب خطأ فاحشا يبلغ من جسامته حدا لا يعلوه خطأ، ويكاد يصل إلى حد الغش.

وبناءا على ما تقدم فإن الخطأ غير المغتفر La faute inexcusable يتميز عن الخطأ العمديLa faute volontaireفي:

1- انعدام القصد الذي يتوافر في حالة الخطأ العمدي، فالفاعل هنا وإن أراد الفعل ويدرك خطورته، لكنه لا يقصد وقوع الضرر، فهو إذن فعل إرادي و لا يرجع إلى مجرد السهو أو الإهمال أو عدم الانتباه، فهو من هذه الناحية كالعمد تماما Presque un acte volontaire، لكنه يختلف عنه من ناحية أخرى، من حيث أن الفاعل لا يريد النتيجة و لا يهدف إليها.

2- أن الإرادة في الخطأ غير المغتفر La faute inexcusable وإن كانت هي تعمّدالفعل المادي أو الترك، فإن القصد في الخطأ العمدي هو تعمّد النتيجة المترتبة عليه، فهو أخص من الإرادةPlus spécial que la volonté، فالنتيجة تستلزم حتما توافر الإرادة، أما توافر الإرادة فلا يستلزم توافر العمد

« La fin exige obligatoirement la volonté, mais l’existence de cette volonté n’exige pas l’acte volontaire ».

ولهذا فإنه يلاحظ أن العمد في أي درجة من الدرجات، لابد أن ينطوي على هذين العنصرين معا، فسواء أكان القصد مباشرا أم غير مباشر، وسواء محدودا أم غير محدود فإن عنصر الإرادة La volonté لابد أن يتوافر إلى جانب عنصر القصد وإلا خرجا من منطقة الخطأ العمدي إلى منطقة أخرى[[109]](#footnote-110).

3- في الخطأ العمدي يقع عبء إثبات العمد على عاتق المدعي، لأن الخطأ العمدي واجب الإثبات، أو بمعنى أدق، صفة العمدية فيه واجبة الإثبات، في حين بالنسبة للخطأ غير المغتفرLa faute inexcusableلا يكلّف المدّعي بإثبات هذا النوع من الخطأ، لأن الأصل في تصرفات الأشخاص العقلاء أنها تصرفات إرادية.

**البند الثاني: الخطأ الجسيم La faute lourde.**

الخطأ الجسيم ما هو إلا خطأ غير عمدي، حيث يتخلف فيه قصد الإضرار من جانب مرتكبه، و مع ذلك فإن درجة جسامته دفعت الرومان إلى تشبيهه بالخطأ العمدي أو التدليسي، وذلك من بعض النواحي، و إن كان هذا التشبيه ينبغي ألا يؤثر في طبيعته من حيث اعتباره خطأ غير عمدي.

وقد عرفه بواتييه[[110]](#footnote-111)Poithier، الفقيه الفرنسي المشهور، بأنه "ما يتأذى في عدم بذل العناية و الحيطة في شؤون الغير، بقدر لا يمكن لأقل الناس عناية أو أقلّهم ذكاءا، أن يغفله في شؤون نفسه:"

« Le fait de ne pas apporté aux affaires d’autrui le soin que, les personnes les moins soigneuses et les plus stupides, ne manquent pas d’apporter à leurs affaires ».

وتقترب التعريفات التي قيلت في الخطأ الجسيم من تعريف Poithier، فقد عرّفه البعض بأنه "عدم بدل العناية بشؤون الغير، بصورة لا تصدر عن أقل الناس حرصا في شؤونهم الخاصة"

«Le fait de ne pas porter le soin aux affaires d’autrui telle qu’elle n’aurait pas été produit par l’homme le moins doué ou le plus imprévoyant dans ses affaires»[[111]](#footnote-112).

ويتحدّد الخطأ الجسيم بأنه الذي لا يصدر عن أقل الناس تبصرا[[112]](#footnote-113)، وهو يستعمل كثيرا في القانون المعاصر، فقد نصت عليه بعض القوانين الخاصة، كقانون إصابات العمل وقانون التأمين الاجتماعي، وقانون الولاية على المال المصري، "القانون رقم 19 لسنة 1952"الذي نصّ في المادة24 منه على أن الأب "لا يسأل إلاّ عن خطئه الجسيم".

كما تستعمله المحاكم مرارا و في مواضيع كثيرة، منها على سبيل المثال ما يتعلق بمسؤولية الأطباء وغيرهم من أرباب الأعمال الحرّة، ومسؤولية أمين نقل الركاب، حيث يشترط لقيام مسؤوليتهم، توافر الخطأ الجسيم[[113]](#footnote-114).

غير أن تحديد فكرة الخطأ الجسيم ليس بالأمر اليسير[[114]](#footnote-115).

ولعل أول صعوبة تعترض هذا التحديد تكمن في أن معيار الخطأ الكبير يعتمد على سلوك المخطئ وكونه يستحق عقابا شديدا و إذا كان هذا المعيار سهل التطبيق في حالة الخطأ العمدي، فإنه يصعب تحديد الاعتبارات التي يؤخذ بها في حالة اختفاء صفة الطابع الجسيم على الخطأ غير العمدي.

وبذلك فإن عناصر أخرى موضوعية و شخصية يجب أن تؤخذ في الاعتبار.

ومن هنا أيضا يتميز الخطأ غير المغتفر عن الخطأ الجسيم بعد أن حدّدت محكمة النقض الفرنسية بدوائرها المجتمعة، العناصر التي متى توافرت في الفعل أو الترك، أصبح الأمر يتعلق بوصف الخطأ غير المغتفر.

أما في الخطأ الجسيم، فالفكرة ليست واحدة،[[115]](#footnote-116) فيقصد بها أحيانا الخطأ الذي يبلغ حدا يسمح بافتراض سوء نية الفاعل، حيث يتوافر الدليل عليها،[[116]](#footnote-117) ويقصد بها أحيانا أخرى الإهمال أو عدم التبصر الذي يبلغ من الجسامة حدا يجعل له أهمية خاصة[[117]](#footnote-118).

ويرى آخرون[[118]](#footnote-119) أن فكرة الخطأ الجسيم تكمن في درجة من الخطأ أشد من الخطأ العادي دون أن تبلغ حد الخطأ الجسيم بالمعنى المعروف في القانون الروماني.

ولقد طبّق القضاء الفرنسي هذا التعدّد في الأفكار بشأن تحديد فكرة الخطأ الجسيم في أحكام عديدة ومنذ فترة طويلة.

فذهبت محكمة النقض الفرنسية وهي بصدد تحديد فكرة الخطأ الجسيم، إلى التمييز بين الالتزامات الأساسية والالتزامات الفرعية أو الثانوية، فاعتبرت أن الإخلال في تنفيذ الالتزامات الأساسية يعد خطأ جسيما، ومثال ذلك إذا التزم متعهد النقل أن يقوم أساسا بتسليم الشيء إلى جهة معينة، فإن الخطأ في الجهة التي يحصل التسليم لها يعتبر خطأ جسيما[[119]](#footnote-120).

كما قرّرت محكمة النقض الفرنسية اعتبار صاحب الفندق مسؤولا عما يقع في فندقه من سرقة لأحد النزلاء، على أساس الخطأ الجسيم في تقصيره فيما يجب عليه من واجب العناية، حتى و لو لم تكن المسروقات قد سلّمت إليه لحفظها[[120]](#footnote-121).

وفي مجال عقد العمل، يتطلب القضاء الفرنسي توافر الخطأ الجسيم من جانب العامل لقيام مسؤوليته اتجاه رب العمل، عن التنفيذ المعيب للعمل[[121]](#footnote-122).

ومن القضايا التي أكّدت بمناسبتها محكمة النقض الفرنسية ثبات موقفها على ضرورة وجود خطأ جسيم لمساءلة العامل من طرف رب العمل، عن التنفيذ المعيب للعمل، وليس مجرد خطأ يسير من طرفه، حكمها بتاريخ 19/05/1958، و المتعلق برسّام أخطأ في بعض تفاصيل اللوحة التي كلّفه رب العمل بإعدادها.

وحكمها المتعلق بعامل تأخر في شحن بضاعة خاصة بعميل، ممّا أدى إلى فقدان رب العمل لهذه الصفقة ولهذا العميل، فقد قرّرت في هاذين الحكمين، دون أن تجعل منه مبدأ عاما، عدم مسؤولية العامل، لأن الفعل المنسوب إليه ليس سوى مجرد إهمال Une simple négligence، لا يشكل خطأ جسيماUnefautelourde، وهو ما لا يجيز لرب العمل الرجوع على العامل بالتعويض.

ومن الحالات التي رفض فيها القضاء الحكم على العامل بالتعويض استنادا إلى عدم توافر خطأ جسيم في حقه، حالة سرقة أحد أدوات العمل من الورشة التي يعمل بها، حيث قرّرت المحكمة، أن العامل لا يكون مسؤولا في مواجهة رب العمل عن مخاطر الاستغلال، وبالتالي لا يكون مسؤولا إلاّ في حالة خطئه الشخصي الجسيم.

وفي سياق تسبيبها للقرار الذي اتخذته، أكّدت محكمة النقض الفرنسية، أن قضاة الموضوع لم يبحثوا عما إذا كانت الآلة الخاصة بالورشة قد تعرضت بفعل العامل لمخاطر غير عادية ومنفصلة عن تلك الناشئة بصفة أساسية عن الاستغلال، وعمّا إذا كان العامل قد ارتكب خطأ جسيما، وهو ما جعلهم غير مبرّرين لحكمهم[[122]](#footnote-123).

إنّ اتجاه الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية المشار إليه أحدث تأثيرا أكثر خطورة في العلاقة بين رب العمل بوصفه متبوعا والعامل بوصفه تابعا، حيث يرجع المتبوع على التابع بالمبالغ التي دفعها بوصفه متبوعا عن فعل تابعه.

ذلك أنه إذا كان الرأي في الفقه[[123]](#footnote-124) والقضاء مستقرا على أنه يجوز للمتبوع في هذه الحالة أن يرجع على التابع بكل ما دفعه، وفي جميع الأحوال وأيا كانت درجة الخطأ فإن هذا الاستقرار بدأ يتزعزع بعد الاتجاه الجديد للدائرة الاجتماعية.

فقد ظهر رأي[[124]](#footnote-125) قوي ينادي بقصر حق رب العمل المتبوع في الرجوع على العامل التابع فقط في الحالة التي تحمّل فيها هذا الأخير خطأ جسيما، دون تلك الأحوال التي تحمّله خطأ يسيرا.

ولتعزيز هذا الرأي يقدم شرّاحه بالقول أنه إذا كان الخطأ الجسيم وفقا للمصطلحات المعروفة في القانون الإداري، خطأ شخصيا Faute personnelle أو خطأ منفصلا عن الوظيفة Faute détachable de fonction، فإنه يجب أن يتحمل صاحبه نتائجه.

إلا أن الخطأ اليسير لا يتجاوز وفقا لنفس المصطلحات أن يكون خطأ مصلحيا Faute de service يجب أن يتحمله المشروع لا العامل[[125]](#footnote-126)، لأن العامل يعمل لحساب رب العمل الذي يملك وحده إمكانية السيطرة على مجموع الأنشطة الضارة، و الذي يملك وحده وفقا لذلك، سلطة إدارتها بطريقة تهدف إلى توخي مخاطر الأضرار.

وفي مثل هذه الحالات لن يكون من العدل تحميل العامل جميع الأضرار التي قد يتسبّب في ارتكابها حتى بأخطائه التافهة جدا في نطاق الوظيفة التي يمارسها في خدمة مصلحة رب العمل.

ويواصل أنصار هذا الرأي[[126]](#footnote-127) حشد ما يؤيد وجهة نظرهم في ضرورة أن يكون الخطأ جسيما، إلى اتجاه الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الذي سلفت الإشارة إليه، من أن العامل إذا غير مسؤول في مواجهة رب العمل عن التنفيذ المعيب للعمل إلا إذا كان مخطئا خطأ جسيما، ممّا يعني فرض نوع من الحصانة للعامل.

وهذه الحصانة نفسها، ودرجة الخطأ، يجب أن يمتدا، إلى نطاق رجوع المتبوع على التابع، لأن الأمر في جميع الأحوال يعني ضرورة تحمل المشروع للأخطار الناشئة عن مخاطر الاستغلال، والتي من بينها الأخطاء اليسيرة لتابعيه[[127]](#footnote-128).

ولهذا فحين يرتكب العامل في أدائه لوظيفته خطأ يؤدي إلى مسؤوليته طبقا للمنطق التعاقدي فان رجوع رب العمل عليه يكون مشترطا بوجود خطأ جسيم[[128]](#footnote-129).

وفي مجال عقد العمل أيضا تتعين التفرقة بين اصطلاح الخطأ الجسيم Faute lourdeوالخطأ الفادح Faute grave، فعلى الرغم من أن الاصطلاحان مترادفان في فقه القانون المدني[[129]](#footnote-130) فإن الخطأ الكبير الناتج في مجال عقد العمل، يعد أقل جسامة من الخطأ الجسيم، فالخطأ الكبير يجيز لصاحب العمل فسخ العقد مع العامل وفصله دون مهلة، أو قبل نهاية المدة المحددة في العقد.

أما الخطأ الجسيم فيسقط حق العامل المفصول في التعويض عن مهلة الإخطار، وبهذا يتبين أن هناك فارق بين الخطأ الجسيمLa fautelourdeوالخطأ الفادح La faute graveلا وجود له في القانون المدني. وتطبيقا لذلك، رفض القضاء الفرنسي، دعوى التعويض عن فسخ العقد حينما ثبت له أن المدّعي قد ارتكب خطأ فادحا Faute graveيتعذر معه استقرار العلاقات بين الطرفين، معترفا بحق رب العمل في فسخ العقد دون الرجوع عليه.

وتتعلق أغلب الأخطاء الفادحة Les fautes graves التي تنسب للعامل، بعدم الأمانة، وبمناقشة صاحب العمل في سلطاته، أو إفشاء أسراره، أو عدم طاعته.

**البند الثالث: الخطأ اليسير La faute légère.**

الخطأ اليسير هو الذي لا يقترفه شخص معتاد في حرصه و عنايته،[[130]](#footnote-131) و هو الشخص الذي اتخذته المادة 1147 من القانون المدني الفرنسي معيارا مجرّدا، فيما تحدّده من معنى الإلتزام بالعناية التي يجب على المدين أن يبد لها، فيتعين على القاضي أن يجري المقارنة بمسلك الرجل العادي في حرصه و يقظته[[131]](#footnote-132).

وهذا المعيار يبدو واضحا بالنسبة للمسؤولية الطبية، حيث استقر القضاء على عدم اشتراط الخطأ الفادح للمساءلة الطبية، بل يكف توافر الخطأ اليسير في جانبه.

فقد قضت محكمة Grenoble الفرنسية عام 1946، بأن الطبيب مسؤول عن الأخطاء التي تقع منه أثناء ممارسته لمهنته، وكذلك عن الضرر المتسبب عن إهماله وعدم احتياطه في تشخيص الداء ووصف الدواء وإجراء العمليات.

ولا يلزم لقيام هذه المسؤولية أن يرتكب الطبيب خطأ جسيما، إذ لا يوجد بين نصوص القانون ما يعفي الطبيب من المسؤولية عن الخطأ اليسير متى كان هذا الخطأ واضحا، و لا يقع من الطبيب المعتاد من أوسط رجال هذه المهنة و في مثل الظروف الخارجية للمدّعى عليه[[132]](#footnote-133).

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه "ليس من الضروري أن يكون خطأ الجرّاح جسيماليكون مسؤولا، كأن ينسى عند تنفيذ التزامه آلة أو قطعة قطن في جسم المريض،فالطبيب يسأل عن أخطائه ولو كانت يسيرة[[133]](#footnote-134)، فالتزامه يبدل عناية يتطلب الحذر العادي".

ودائما في مجال التمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير تبرز أيضا مسألة صحة الاتفاق على انتفاء المسؤولية العقدية.

فقد اتجه الشرّاح الفرنسيين[[134]](#footnote-135) إلى القول ببطلان البندLa clauseالذي يعفي المدين من المسؤولية عن خطئه الجسيم، ومن ثم يرى الفقه الفرنسي في مجموعه صحة الاتفاق على انتفاء المسؤولية العقدية عن الخطأ اليسير وبطلانه في حالة الغش أو الخطأ الجسيم.

وقد اتبع القضاء الفرنسي منذ فترة من الزمن، رأي جمهور الفقهاء واعترف بصحة اتفاقات رفع المسؤولية العقدية عن الخطأ بترك أمرها لحرية الأفراد، و ليس فيها مساس بالنظام العام، و قضى ببطلان تلك الاتفاقات إذا تبين غش المدين أو خطئه الجسيم، فيلزمه بالتعويض عن الضرر الذي ترتب على إخلاله بالتزامه.

وهناك الخطأ اليسير جدا La faute très légèreوهو ذلك الخطأ التافه الذي يقع بالقدر الطفيف من الإهمال و عدم الانتباه و لا يقترفه الرجل الحريص.

وتتوافر المسؤولية بالقدر من الخطأ اليسير جدا مادام قد ترتب عليها ضرر بالغير.

وقد جاءت فكرة الخطأ اليسير جدا بعد أن نادى بها الفقهاء التقليديون[[135]](#footnote-136) حيث دعوا إلى التفرقة بين الخطأ العقدي و الخطأ التقصيري.

فالخطأ التقصيري يؤدي إلى انعقاد المسؤولية التقصيرية و لا يلزم أن تتوافر فيه درجة جسامة معينة، بل يكفي أي خطأ، ولو كان طفيفا جدا، فلتجنب الإضرار بالغير يجب إثبات تقديم أقصى عناية ممكنة.

أما في المجال العقدي فمن المعلوم أن درجة جسامة الخطأ تختلف حسب أنواع العقود.

غير أن التسليم بهذا الاختلاف بين الخطأ اليسير واليسير جدا هو أمر صعب، فالغالب أن القاضي عندما يقدّر الخطأ، لا يميز بين الخطأ اليسير والخطأ اليسير جدا.

ومن جانبنا نرى أن هذا الاختلاف غير موجود في الواقع القضائي، إذ أن العناية وبدل ما تقتضيه الالتزامات العقدية أو غير العقدية يختلف بحسب الأحوال، وبحسب درجة هذه العناية التي بناءا عليها تتحدد نسبة المسؤولية الملقاة على عاتق الشخص المخطئ دون اهتمام كبير فيما إذا كان يسيرا أو يسيرا جدا.

**الفرع الثالث: موقف المشرّع الجزائري من فكرة الخطأ.**

إن الحديث عن موقف المشرّع الجزائري من فكرة الخطأ، هو بالضرورة حديث عن كيفية تعامله مع الفعل الذي يرتكبه الغير، ويكون ملزما بالتعويض عنه.

ولمتابعة تطور موقف المشرّع الجزائري بشأن فكرة الخطأ لابد من الحديث عن موقفه قبل قانون 20/06/2005 و موقفه بعد صدور هذا القانون.

**أولا: موقف المشرّع الجزائري من الخطأ قبل 20/06/2005.**

لقد كان المشرّع الجزائري ينص في الفصل الخاص بالفعل المستحق للتعويض على أن "أي عمل يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". وذلك بنص المادة 124 من القانون المدني[[136]](#footnote-137).

وغابت في هذا النص العربي فكرة الخطأ وإن كان النص الفرنسي قد نص عليها بالقول:

« Tout fait quelconque de l’homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute du qui il est arrivé à le réparer »

وعملا بالنص العربي فإن غياب فكرة الخطأ أحدثت لبسا وجدلا كبيرا لدى الفقه المتابع لما تضمنه القانون المدني الجزائري الجديد.

فقيل بأن التعويض المنصوص عليه في المادة 124 ينبني على نظرية تحمل التبعة أو بما يسمى نظرية**LaThéorie des risques**التي لا تشترط فكرة الخطأ، وتقيم المسؤولية المدنية على ركنين: الفعل الضار والضرر الناتج عنه.

وما يلاحظ على هذا الإغفال لفكرة الخطأ من قبل المشرّع الجزائري، أنه أغفلها دون قصد، وذلك لكونه نقل نص هذه المادة من المادة 151 من القانون المدني المصري القديم الذي أغفل ذكر ركن الخطأ.

وكان الأحسن أن ينقل نص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي الذي ذكر عنصر الخطأ صراحة، وفي نص المادة 163 من القانون المدني المصري الجديد الذي نص صراحة على عنصر الخطأ، بنصه على أن كل خطأ سبّب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض،[[137]](#footnote-138)وبالتالي عدم الوقوع في هذا اللبس.

إن هذا النص العربي للمادة 124 من القانون المدني الجزائري طرح مشاكل عملية لا حصر لها، فما دام أنه نص يشمل كل الأفعال التي تحدث أضرار للغير بضرورة تعويضها، هل يكون مسؤولا اتجاه الغير الشخص الذي مارس حقه المشروع و نجم عنه ضرر للغير؟

وحتى نص المادة 41 الذي نص على الحالات التي يكون فيها استعمال الحق المشروع تعسفيا غير كافي لكونها لم تبين الأصل العام أو المبدأ العام في استعمال الحق دون أن تترتب على مستعمله أية مسؤولية.

إن نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري وجد فلسفته في مبدأ عدم المشروعية كعقد على التزام معين، لتحديدالمسؤولية، ففيها تتجسد الحقيقة المنطقية لإلزام شخص دون غيره بتعويض الضرر، سواء تمثل شرط الإلزام في الإخلال بما تفرضه قاعدة التحضر من مبادئ سلوكية، أو فيما تنهي عنه القاعدة القانونية من أسباب الضرر، وهنا تبدو عدم المشروعية صفة تلحق بتحقق علاقة سببية منهي عنها[[138]](#footnote-139).

والمعنى الأكثر وضوحا لتفسير علاقة سببية منهي عنها يتمثل في دلالته على "ما يؤدي إليه الضرر من منظور عدم المشروعية، وليس من منظور الخطأ".

"L’analyse plus clair de la causalité interdite, veut dire, que selon l’illégitimité de l’acte qu’il faut apprécié le dommage, est nonpas selon la faute"

وحتى بالنسبة لعلاقة التابع بالمتبوع، منظورا إليها من الجانب الشخصي،فإن عدم كمال سلوك الإنسان، هو الذي يسمح بتقرير مسؤوليته.

فمن يباشر سلطة فعلية على أداة الضرر، وبطريقة مستقلة، يكون مسؤولا إذا ما أخل بعنصري التوجيه والرقابة.

ولكن يرى أصحاب[[139]](#footnote-140) المعيار الموضوعي أن هناك علاقة ثابتة و مجردة بين من يسأل و بين أداة الضرر، وذلك من خلال استبدال فكرة السلطة الفعلية بفكرة السلطة النظرية.

يتضح إذن أن غياب فكرة الخطأ في نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري قبل التعديل، يعطي الأولوية المطلقة لعنصر الضرر وارتباطه بالفعل الذي أتاه الشخص، ومن ثم لا مجال للحديث عن الخطأ الجسيم أو الخطأ غير المغتفر أو الخطأ اليسير، فلا تهم فكرة الخطأ و لا تهم بالنسبة لدرجاته المختلفة التي تحدث عنها الفقه والقانون الفرنسي، بل الاعتماد يكون مطلقا على النتيجة التي أحدثها الفعل و هي الإضرار بالغير.

**ثانيا: موقف المشرّع الجزائري من الخطأ بعد صدور قانون 20/06/2005.**

وجاء تعديل و تتميم الأمر 75/58 المتضمن القانون المدني بقانون 20/06/2005 كاستجابة ضرورية لما كانت تطرحه أحكامه من إشكالات تطبيقية، كانت أبرزها ما أشرنا إليه في الفرع الأول المتعلق بعنصر الخطأ.

ففي الفصل الثالث من قانون 20/06/2005 و في القسم الأول المتعلق بالمسؤولية عن الأفعال الشخصية، جاءت المادة 35 لتعديل المادة 124 من الأمر 75/58 بالنص على ما يلي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" و يقابله النص الفرنسي بالقول:

" Tout acte quelconque, de lapersonne qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute du qui il est arrivé, a le réparer ".

فعالج المشرّع الجزائري من خلال تعديل المادة 124 من جديد، فكرة الخطأ وما تقتضيه أحكامه من ضرورة أن يبلغ حدا معينا، وإعطاء القاضي سلطة تكييفه وملاحظة درجة الدور الذي لعبه المتسبب في الخطأ في بلوغ الضرر درجة معينة يجب عليه إصلاحها.

فالخطأ هو العنصر الذي يعبّر عن وجود عيب في إرادة الفاعل يفترض معه أن هناك إهمالا متعمدا لليقظة الواجب توافرها لدى الإنسان الحريص، و يرى كلينشرود Klenchroud[[140]](#footnote-141) وهو منعلماء الجريمة الألمان "أن الإنسان الذي يمارس قواه وقدراته بشكل طبيعي يجب أن يراعي اليقظة والانتباه الضروريين حتى لا يخالف القانون، و يجب أن تبقى إرادته متيقظة دائما و لا يدعها ترتخي و تضعف سواء بالتكاسل أو اللامبالاة".

إن الخطأ تبرز أهميته في كونه معيارا يتم الاحتكام إليه لمعاقبة مرتكبه،جبرا للأضرار التي نجمت عنه، والتي أضرت بالغير، فصاحب الخطأ تتحقق مسؤوليته بوضوح، إذا لم يستخدم قدراته التي يتمتع بها لمنع وقوع الخطأ، فالقانون بكل بساطة يتطلب من الإنسان أن يتصرف مثلما تتصرف به غالبية المواطنين الذين يراعون في تصرفاتهم الصالح العام، ولا يتصرفون وفقا لأهوائهم الشخصية[[141]](#footnote-142).

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ الدكتور مصطفى القللي "إذا قيل بأن الجاني يختار بين الخير والشر، فليس معنى ذلك أن الاختيار يجب أن ينصبّ على النتيجة، بل المراد أعمّ من ذلك، وهو أن يختار الجاني سبيل الصواب أو سبيل الضرر، فالذي يقود سيارة مثلا، إما أن يسير بسرعة معتدلة كما يقضي به العقل وكما يلزم به القانون، وإما أن يسير بسرعة طائشة، فهو مخيّر بين الأمرين، فإذا اختار طريق الطيش، فعدلا يجب أن يتحمل ما نجم عنه من الأضرار التي توقعها الجاني، أو التي كان عليه أن يتوقعها"[[142]](#footnote-143).

فالخطأ وفقا لهذه النظرية ووفقا لما اتبعه المشرّع الجزائري بعد تعديل 20/06/2005، هو عيب في الإرادة، يتمثل في خمولها عن توقع النتيجة غير المشروعة، حال كونها متوقعة، أوفي الإمكان توقعها والحيلولة دون حدوثها.

فثمة إرادة غافلة خاملة لا تتوقع النتيجة ولم يسع صاحبها إلى توظيف العلم في قراءة المستقبل وفي التنبؤ بالحدث الذي يهيأ لوقوعها، وفي رسم صورة ذهنية له يستطيع في ضوئها أن يحول دون حصول هذه النتيجة، سواء بالامتناع عن السلوك المؤدي إليها، كلية أو بإبعاد الخطورة عن السلوك أثناء إتيانه[[143]](#footnote-144).

ومباشرة بعد تعديله لنص المادة 124 وذكره لعنصر الخطأ، أوجد المشرّع الجزائري وعلى عكس ما كان موجودا قبل تعديل 20/06/2005، نصاجديدا تمثل في المادة 124 مكرر التي تحدثت عن الاستعمال التعسفي للحق بقولها "و يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

* إذا وقع بقصد الإضرار.
* إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
* إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

و يقابله النص الفرنسي بالقول:

**Art 124 bis :** « l’exercice abusif d’un droit et constitutif d’une faute, notamment dans les cas suivants :

* S’il a bien dans le but de nuire à autrui.
* S’il tend à la satisfaction d’un intérêt dont l’importance est minime par rapport au préjudice qui en résulte pour autrui.
* S’il tend à la satisfaction d’un intérêt illicéité ».

وفيما يلي شرح مختصر لهذه الحالات :

**1- إذا وقع بقصد الإضرار :**

ومعنى ذلك أن لا يكون من وراء إستعمال الشخص لحقه سوى إلحاق الأذى و الضرر بالشخص الآخر، بحيث لا يهدف إلى ممارسة حقه و الإنتفاع به ، بل من أجل إلحاق الضرر بالغير .

**2- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشىء للغير :**

بمعنى أن الشخص الممارس لحقه يعلم يقينا أن ممارسته لحقه سيتحصل بناءا عليها على فائدة قليلة مقارنة بما ستلحقه هذه الممارسة بالغير، وبالرغم من ذلك يمارس حقه متجاهلا الضرر الكبير الذي سيلحقه بالغير.

**3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة :**

ومعنى ذلك أن الشخص وهو يمارس حقه المشروع بصورة طبيعية، لا يهدف من وراء تلك الممارسة الوصول إلى إستفادة مشروعة، بل يحاول الحصول على فائدة غير مشروعة، مثال أن تتأخر جريدة معينة في إعلان خبر وصل إليها عن حالة مؤسسة معينة، لحين أن تتعقد وضعية هذه المؤسسة أكثر، فتقوم بإذاعة هذا الخبر خدمة لمؤسسة أخرى، إذ بالرغم من شرعية إذاعة الخبر في حد ذاته ، إلاّ أن إختيار توقيت إعلانه كان من أجل الوصول إلى فائدة غير مشروعة .

فالجديد الذي جاء به هذا النص هو أنه أولا جاء ضمن مكانته الطبيعية وهي الخاصة بالحديث عن المسؤولية عن الأفعال الشخصية، وهذا أمر طبيعي، بعكس النص السابق المتمثل في المادة 41[[144]](#footnote-145)، الذي كان محشورا ضمن الحديث عن الأشخاص الطبيعية.

وثانيا التطرق بالنص الجديد: "المادة 124مكرر" إلى عنصر الخطأ دائما – وبالتالي يكون استعمال الحق تعسّفيا خطأ من جانب القائم بممارسته، عكس ما كان سابقا، إذ لم يكن التعسّف مبنيا على فكرة الخطأ.

وكان القضاء يجد صعوبة فيما إذا حكم بالتعويض على أساس فداحة الضرر فقط الذي لحق بالمتضرر بالرغم من ممارسته لحقه تعسّفيا، إلا أنه كان لابد من القول بأن التعسّف هو خطأ حتى تنطبق عليه أحكامه وبالنص الجديد أزال المشرّع الجزائري بعض هذه الصعوبات، لكون أن هذا النص الجديد في رأينا سجل صعوبات من نوع آخر تمثلت في عبارة "على الخصوص Notamment"[[145]](#footnote-146).

فهذه العبارة يفهم منها أن الحالات الثلاث المذكورة في المادة 124 مكرر هي حالات على سبيل المثال وليست محصورة.

وبالتالي يحق لكل شخص أن يدّعي بأنه كان ضحية استعمال حق تعسفي من طرف شخص آخر شريطة أن يثبت أولا الطابع التعسفي Le caractère abusif، وبعد ذلك يأخذ هذا الطابع مصدره في السلوك الخاطئ الذي ارتكبه المتسبب في الضرر وهو الخطأ، وهنا تكون للقاضي سلطة واسعة دون حدود في قياس الحالة التي يطرحها المتضرر على الحالات التي ذكرتها المادة 124 مكرر.

أما الأمر الأكثر أهمية الذي جاء به قانون 20/06/2005 فيتعلق بجديد المادة137[[146]](#footnote-147) من القانون المدني "القانون المؤرخ في 20/06/2005"بما يلي: للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما" ويقابلها النص الفرنسي:

« Le commettant a un recours contre le préposé dans le cas ou celui-ci a commis une faute lourde ».

فقد نص المشرّع الجزائري على الخطأ الجسيم كشرط يجب توافره لإمكانية رجوع المتبوع على تابعه، بعكس ما كان سابقا في نفس المادة من إمكانية الرجوع عليه في حدود مسؤولية المتبوع، ولم تكن هذه الحدود واضحة المعالم، ممّا كان يؤدي إلى الفهم بإمكانية الرجوع ولو كان الأمر يتعلق بخطأ يسير أو غير ذا أهمية، طالما أن هناك ضرر، فليس هناك اشتراط لوجود ضرر معين دون غيره.

فحاليا ومنذ 20/06/2005 تاريخ صدور القانون المعدل والمتمّم للأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، أصبح الخطأ يشكل ركنا جوهريا للحديث عن أي تعويض يعطى للضحية، فيطبق بكل درجاته لما يتعلق الأمر بضرر يحدثه شخص للغير، وببلوغه درجة التعسّف إذا تعلق الأمر بممارسة حق مشروع، وبلوغه حد الجسامة عندما يتعلق الأمر برجوع المتبوع على التابع.

وفي الأخير نشير إلى أننا لا نتفق مع المشرّع الجزائري بخصوص نص المادة 124 مكرر فيما يخص الطابع التعسفي لممارسة الحق المقرر قانونا، فهل يستطيع وضع معالم معينة يعرف من خلالها الطابع التعسّفي؟

وهل يكون تعسّفا، ممارسة الشخص لحقه إلى أقصى حد ممكن؟ وهل بالنتيجة يعتبر كل تعسّف سلوك خاطئ؟ إن الأمر يزداد حدة مثلما أشرنا إليه سابقا في كون أن الحالات المذكورة ستكون على سبيل المثال وما على القاضي إلا الاجتهاد لمعرفة إذا كانت الواقعة المطروحة أمامه تشكل تعسّفا في ممارسة حق معين، وهو ما يصعب عليه في ظل الحديث عن مصطلحين يختلفان من حيث الأسس التي ينبني عليها كل منهما[[147]](#footnote-148).

وبالتالي تعطى للقاضي إمكانية دراسة الوقائع المعروضة أمامه ومقارنتها بالحالات المذكورة في المادة 124 بشكل يدفعه إلى ضرورة عدم التوسّع والحرص على تسبيب حكمه، بعكس وجود كلمة "لاسيما Notamment" التي تفتح أبواب الاجتهاد أمامه دون حدود، وهذا قد يؤدي إلى إمكانية خطأ القاضي أو تعسّفه.

وفي الحالات الأخرى يبقى على القاضي تسبيب قياسه على الحالات المذكورة، الحالة التي لحقت بالمشتكي.

**المطلب الثاني:تقسيم الخطأ الشخصي وفقا لقانون العمل الجزائري والمقارن.**

سنتطرق في هذا الفصل إلى دراسة الخطأ الشخصي وفقا لقانون العمل الجزائري والمقارن، إذ سنركز على قانون العمل الفرنسي باعتباره سابقا في وجوده عن القانون الجزائري، وذلك حتى يتسنى لنا معرفة ما أفرزه قانون العمل الفرنسي من تطور في مجال الخطأ الشخصي الموجب لتسريح العامل، وما إذا كان قانون العمل الجزائري يضع هو الآخر حدودا معينة ومفاهيم خاصة يجب توافرها لإمكانية الحديث عن إعطاء رب العمل شرعية الإقدام على تأديب العامل بالتسريح.

ولأجل الوصول إلى ذلك نقسم الحديث في هذا المطلب إلى:

**الفرع الأول:** تأصيل الخطأ الشخصي الموجب للتسريح طبقا لقانون العقوبات الجزائري.

**الفرع الثاني:** الأخطاء المذكورة بنص المادة 73.

**الفرع الثالث:** الحالات المغفلة من طرف المشرّع الجزائري.

**الفرع الرابع:** بعض الأخطاء المعاقب عليها جزائيا ذات العلاقة بالعمل داخل المؤسسة.

**الفرع الأول: تأصيل الخطأ الشخصي الموجب للتسريح طبقا لقانون العقوبات الجزائري.**

وفي هذا الفرع سنحاول معرفة ما هو نوع الخطأ الذي اعتد به المشرّع الجزائري لإمكانية قيام رب العمل بناءا عليه بتسريح العامل الذي ارتكبه، تأديبيا[[148]](#footnote-149).

وطبقا للمادة 73 من قانون 91/29 المؤرخ 21/12/1991 فإن الحديث عن الخطأ الشخصي يخضع لمعيار الجسامة[[149]](#footnote-150).

وبقراءة هذه المادة، فإن الخطأ الجسيم La faute grave الموجب لتسريح العامل تأديبا يندرج ضمن الأخطاء المعاقب عليها جزائيا و المرتكبة بمناسبة العمل.

وأول ما يصطدم به الحديث عن الأخطاء المعاقب عليها جزائيا والمرتكبة بمناسبة العمل كجزء ذكره المشرّع الجزائري في المادة 73 من قانون 21/12/1991، هو المبدأ الموجود في قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم،[[150]](#footnote-151) في المادة 01 التي تنص على أنه "لا جريمة و لا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"

«Il n’y a pas d’infraction ni de peine ou de mesure de sûreté sans loi».

فهل وقوع حادثة تمثل خطأ بحسب قانون العقوبات، وهي الصورة الثانية من صورتي الإرادة الإجرامية، وهي دون شك أقل خطورة من الصورة الأولى المتمثلة في القصد الجنائي "القصد" لأن الجاني في الخطأ غير العمدي لا يوجه إرادته إلى إحداث النتيجة الإجرامية كما يفعل الجاني المتعمّد، فهل للصورتين نفس النتائج؟

إن ظروف الحياة المدنية وما صاحبها من تطور علمي وتقدم تكنولوجي، قد ضاعفت فرص الخطر التي يتعرض لها المواطنون في حياتهم وأموالهم، فلقد كان لنمو العلوم المختلفة وتطورها من إدخال الآلة في كل أمور الحياة وما نتج عنه من عناصر قوة في مجتمعنا، تأثيره الكبير الذي جعل عدم الحذر يمتد إلى المجالات الأخرى للحياة[[151]](#footnote-152).

وإذا كان الإنسان قد سيطر على مختلف قوى الطبيعة، فإنه بالرغم من ذلك قد تنجم حوادث تكون لها ردود أفعال تزداد خطورة وصعوبة، مما يجعل من الصعب تجنبها، فسقوط أو انفجار طائرة فوق إحدى المدن أو تسرب إشعاع نووي من أحد المفاعلات أو المختبرات يكون له من الآثار الضارة ما يفوق بكثير تلك التي تحدثها الكثير من الأفعال العمدية أوالتي يتعمّد الإنسان إحداثها بتدخله الإرادي فيها[[152]](#footnote-153).

ففي المشروعات الصناعية الكبيرة التي تستخدم فيها أحدث الآلات، وتستعمل في إدارتها القوى الكهربائية، بل وأحيانا القوى الذرية أو النووية في الدول المتقدمة، قد يخطأ العامل أو المهندس في إدارة هذه الآلات ممّا يترتب عليه إلحاق أضرار فادحة بالأرواح والأموال، وقد يترتب ذلك أيضا على عدم مراعاة اللوائح المنظمة للعمل، أو لاستخدام عمال غير قادرين على ممارسة نوع معين من الأعمال، بسبب نقص الخبرة المتطلبة لأدائها أو بسبب إرهاق رب العمل لهم[[153]](#footnote-154).

وفي مجال الهندسة قد يخطأ المهندس في إعداده لتصميم البناء، مخالفا بذلك الأصول و المواصفات الفنية، وقد يخطأ المقاول في الإشراف على هذا البناء، فينهار مسبّبا الإصابة والقتل، وإصابة أموال ومصالح المستخدم بأضرار جسيمة، خاصة وأن ظاهرة الإهمال قد تفشت في قطاع البناء وما ترتب على هذه الظاهرة ذاتها من تزايد في حوادث تهدّم الأبنية والمنشآت حديثة البناء، فجاءت مسبّبة لخسائر فادحة في الأرواح والأموال[[154]](#footnote-155).

وفي مجال الإنتاج قد يخطأ العامل الذي يتولى إدارة الإنتاج إذا أدّى إهماله إلى إنتاج منتجات رديئة في السوق من الأغذية والمشروبات والمعلبات الضارة بالصحة العامة، فيتسبّب في قتل العديد من الناس وإتلاف أموال الجهة التي يتبعها[[155]](#footnote-156).

ولعل أخطر مجالات الخطأ هو مجال المرور، فمع تنوع وسائل المواصلات المختلفة من سفن وطائرات وقطارات وسيارات وعربات و درجات بخارية وغير بخارية، ومع ازدياد عددها واتساع نطاق استخدامها، تتزايد الجرائم غير العمدية التي تترتب على خطأ سائقي هذه الآلات[[156]](#footnote-157).

ونظرا لأهمية وخطورة جرائم الإهمال فإن الأستاذان ستيفان Stéphane وليغاسير Levasseur يؤكدان ذلك بقولهما:أن "الجريمة غير العمدية تتجاوز إلى حد كبير الجريمة العمدية في مجال الاعتداء على حياة وسلامة الجسم"[[157]](#footnote-158).

ولم يكن الفكر الجنائي قد تهيأ بعد لمواكبة التطور الذي لحق الجريمة غير العمدية، في مكوناتها وخصائصها الطبيعية، وامتد هذا التطور إلى بنيانها القانوني الذي نشأ في أصله غير واضح الحدود والمعالم، فانصرف عن المدلول التقليدي للخطأ إلى مدلول آخر يضم عناصر غير متجانسة، تتردد بين القصور في إدراك النتيجة، وبين التوقع المحسوب لها[[158]](#footnote-159).

وقد احتلت دراسة الخطأ الذي يعتبر جوهر المسؤولية الجنائية في الجرائم غير العمدية بفعل التطور العلمي والتقدم التكنولوجي مكانا متميزا في بحوث القانون الجنائي، و في مؤتمراته الدولية المتعاقبة، وعدد من الندوات وتمّ الاهتمام بماهيته من ناحية[[159]](#footnote-160)، وبتحديد الفعل الاجتماعي له من ناحية أخرى.

بل لقد ذهب البعض إلى القول بأن الخطأ قد احتل مكان الصدارة في قانون العقوبات الحديث، وهي تلك المكانة التي كان يحتلها القصد الجنائي في قانون العقوبات التقليدي[[160]](#footnote-161).

وإذا عدنا إلى قانون العقوبات الجزائري، وجدناه ينص على أربع صور للخطأ، متمثلة في الرعونة، وعدم الاحتياط،وعدم الانتباه، وعدم مراعاة الأنظمة[[161]](#footnote-162)، وبمقارنته بقوانين أخرى نجد أن بعض هذه القوانين نصت على صورة واحدة للخطأ وهي عدم الاحتياط، ومن أمثلتها قانون العقوبات اليوناني الصادر عام 1950 المادة (26، 28، 30)[[162]](#footnote-163) وقانون العقوبات السويدي الصادر سنة 1967 المادة (7، 8)[[163]](#footnote-164).

في حين بعض التشريعات الأخرى ذكرت الخطأ في عنصر الإهمال ومثالها قانون العقوبات السويسري الصادر سنة 1937 المادة (18)[[164]](#footnote-165).

وفيما يلي سنعطي توضيحا للصور الأربعة التي ذكرها المشرّع الجزائري:

فالرعونة يقصد بها سوء التقدير أو نقص المهارة و الدراية، والجهل بما يتعين العلم به، فالجاني الأرعن هو الذي يقوم بسلوك إيجابي أو سلبي دون أن يتوقع النتيجة غير المشروعة التي قد يؤدي إليها بسلوكه، فالفاعل يتحقق لديه جهل أو غلط منصبّ على واقعة أو على ظروفها، و يتمثل خطؤه في أنه أهمل اكتساب العلم الضروري بهذه الواقعة أو الظروف ليتجنب الضرر[[165]](#footnote-166).

وتتخذ الرعونة شكلين:

* شكل واقعة مادية تنطوي على الخفة وسوء التقدير أو تنبني على جهل بالأمور.
* شكل عدم الكفاءة، كخطأ في تصميم البناء يرتكبه المهندس فيتسبّب عنه سقوط البناء وموت شخص.
* وقد تكون الرعونة بعدم قدرة أو نقص الخبرة لأداء فن أو مهنة أو وظيفة معينة.

وأما عدم الاحتياط فهو نشاط إيجابي محض من الفاعل وهو يدل على عدم التبصر بالعواقب وفيه يدرك الفاعل طبيعة نشاطه وأنه قد يترتب عليه نتائج ضارة، ومع ذلك لا يتخذ من الاحتياطات لمنع حصول المخاطر.

ويرى البعض أن عدم الاحتياط يشير إلى الخطأ الواعي، إذ يعلم فيه المخطئ طبيعة الفعل الصادر منه وما قد يرتبه من أضرار، ومع ذلك يستمر في فعله.

ويرى غالبية الفقه[[166]](#footnote-167) أن عدم الاحتياط يتميز عن الإهمال، في أن عدم الاحتياط يرتكب بسلوك إيجابي، بينما يرتكب الإهمال بسلوك سلبي.

فعدم الاحتياط هو عدم اتخاذ ما يقتضيه واجب الحيطة و التبصر لتفادي حصول النتائج الضارة، ويعرّف بأنه عبارة عن تنافر أو عدم توافق بين سلوك الجانبي والقواعد الاجتماعية التي تحد السلوك المطلوب الذي يوجبه الحذر.

وأما عدم مراعاة الأنظمة والقوانين فهي مخالفة قواعد السلوك الآمرة المنصوص عليها في القوانين واللوائح والأنظمة، وقد تتحقق هذه المخالفة بالإقدام على عمل كان يجب وفقا لهذه القواعد الامتناع عنه، للحيلولة دون حدوث النتيجة غير المشروعة، وقد يتحقق بالامتناع عن عمل كان يجب وفقا لهذه القواعد، القيام به تفاديا لحدوث النتيجة غير المشروعة.

نستخلص ممّا سبق، أن الأخطاء الجزائية المقصودة في المادة 73 هي حتما تلك التي يرتكبها العامل بمناسبة أداء عمله بطريقة غير متعمدة، فالعامل الذي يقوم باستهلاك قارورة ماء دون إذن رب العمل يعتبر سارقا ولكن درجة العطش التي تكون قد دفعته لذلك قد تنفي عنه صفة العمد، غير أنه لو حضر إلى المؤسسة بعد أوقات العمل وأخذ قارورات من الماء دون إذن رب العمل، فإنه في هذه الحالة متعمد لفعل السرقة، ويصبح خطئه جسيما[[167]](#footnote-168) لا خطيرا فحسب، لأنه بهذا الفعل الأخير عزم على إلحاق الضرر برب العمل.

كما أن تكرار الفعل يساعد القاضي على اكتشاف ما إذا كان العامل بأخذه لممتلكات رب العمل متعمدا في ذلك أو فقط لغرض الاستعمال ثم إرجاعها إلى مكانها الأصلي.

كأن يستعمل آلة تصوير معروضة للبيع من أجل الاحتفال بزواج ابنه في نهاية الأسبوع دون إذن رب العمل، فإذا ما اكتشف هذا الأخير اختفاء تلك الآلة و وجدها عند العامل فإنه يستطيع معرفة ما إذا كان العامل قصد سرقتها و الاحتفاظ بها لنفسه، أم لمجرد استعمالها في الحفل.

وهنا تدخل في الاعتبار العلاقة الموجودة بين الطرفين ودرجة الثقة بينهما، وأقدمية العامل داخل المؤسسة وسلوكياته السلبية أو الإيجابية.

**الفرع الثاني: الأخطاء المذكورة بنص المادة 73 من قانون 90/11.**

تعمّدنا في هذا المطلب إعطائه عنوان الأخطاء المذكورة بنص المادة 73 من قانون 90/11، ولم نشأ استعمال مصطلح الأخطاء المحدّدة، ذلك أن هذه الأخطاء ليست محدّدة على سبيل الحصر، وإنما مذكورة كأخطاء هامة يؤدي حدوثها إلى إلحاق الضرر بالمستخدم، دون أن يكون في إمكان هذا الأخير الاحتفاظ بالعامل بلا تعرض المؤسسة لأضرار أخرى.

والأهمية التي تكتسيها هذه الأخطاء لا يمكن أن تؤدي إلى عدم تكييف وقائع أخرى بنفس الخطورة، فبنصّه على حالات معيّنة، يكون المشرّع الجزائري قد أعطى للمستخدم، ثم للقاضي، إمكانية القياس بين الوقائع المرتكبة من طرف العامل الأجير وإحدى الحالات التي ذكرتها المادة 73[[168]](#footnote-169).

و فيما يلي شرح للحالات التي عدّدتها المادة 73:

**1- رفض العامل تنفيذ التعليمات المرتبطة بالعمل دون سبب مقبول أو تلك التي يؤدي عدم تنفيذها إلى الإضرار بالمؤسسة:**

Refuse sans motif valable d’exécuter les instructions liées à ses obligations où celles dont l’inexécution pourrait porter préjudice à l’entreprise :

لا يمكن الحديث عن هذه الحالة دون ربطها بعلاقة التبعية الموجودة بين العامل والمستخدم، و هي العلاقة التي يغلب المعيار القانوني فيها على المعيار الاقتصادي.

وأوّل ما تعنيه التبعية القانونية خضوع العامل الأجير لتعليمات رب العمل و قيادته للمؤسسة بالكيفية التي يراها مناسبة، و لا يحق للعامل معارضتها أو إبداء التمسك بطريقة أخرى للتسيير.

فرب العمل يستلهم حرية التصرف والإدارة من موقعه كقائد للمؤسسة، ونتيجة لذلك يجب على العمال الأجراء التابعين له تنفيذ جميع تعليماته[[169]](#footnote-170) المتعلقة بظروف العمل وتأديته والكيفية التي يؤدّى بها، وضرورة التقيد بالإجراءات الأمنية التي يقرّرها، لحفظ سلامة ممتلكات المؤسسة من معدات وآلات ولوازم أخرى ثانوية، ومخالفتها معناه ارتكاب العامل لخطأ جسيم[[170]](#footnote-171).

وهذه التعليمات التي يعطيها رب العمل قد تكون شفوية، كما قد تكون كتابية ومعلّقة في الأماكن الرئيسية للعمل.

فقد تعلق لافتة تمنع المساس بمواد خطيرة مكدّسة في غرفة مفتوحة، إلا من طرف مهندس مختص معين لهذا الغرض، فيؤدي فتحها من طرف عامل بسيط Un simple ouvrier رغم علمه بمحتوى اللافتة، معناه عدم تقيده بالتزام جوهري. ولكن ما مصير العامل البسيط الأمّي الذي لا يقرأ ولا يكتب هل يدخل في عداد ما ذكرته هذه المادة من شرط العلم؟.

بإتباع منطق المادة 73 الفقرة الأولى من قانون 90/11 فإن العامل في هذه الحالة وحتى يطبق عليه النص لابد أن يكون رب العمل قد أعلمه شفاهة.

وإثبات ما إن كان رب العمل قصّر في تحسيس جماعة العمال بما تقتضيه دواعي الأمن والحيطة حتى بالنسبة للذين لا يحسنون قراءة اللافتات، هي في رأينا من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها.

ويكون هذا التقدير على ما يحمله الملف ولها في ذلك إمكانية الاعتماد على الشهود ومواجهة أقوالهم حتى تستنير في قضائها، فزملاء العامل المتابع على أساس خطأ من هذا النوع يمكنهم التأكيد إن كان العامل محل الخطأ قد وصل إلى علمه خطورة تلك المواد المكدّسة بالرغم من عدم قراءته للافتة[[171]](#footnote-172).

إن الحالة الأولى هذه للمادة 73 يدخل ضمنها أي تقصير أو إخلال في الالتزامات المفروضة على العامل بنصوص القانون أو العقد، أو إتفاقية جماعية أو إتفاق الجماعي.[[172]](#footnote-173)

ولقد عدّدت المادة 07 من القانون 90/11 ما يقع على العمال من التزامات أساسيةDes obligation fondamentales في إطار علاقة العمل،[[173]](#footnote-174) وهي ضرورة أن يقوم العامل الأجير بتنفيذ الالتزامات المرتبطة بمنصب عمله بأقصى ما يملك من طاقات، مع التصرف بحذر وانضباطDiligence et assiduité في إطار تنظيم العمل الموضوع من طرف المستخدم، كما يجب على العامل المساهمة في جهود الهيئة المستخدمة L’organisme employeur[[174]](#footnote-175)،الهادفة إلى تحسين التنظيم داخل المؤسسة والإنتاجية En vue d’améliorer l’organisation et la productivité، ويلتزم أيضا بتنفيذ التعليمات التي يقرّرها رؤساءه السلميين المعينين من طرف رب العمل في إطار ممارسته العادية لسلطاته الإدارية[[175]](#footnote-176)Dans l’exercice normal de ses pouvoirs de direction.

وضرورة التزام العامل بإجراءات النظافة و الأمن المعدة من طرف المستخدم تماشيا مع التشريع والتنظيم[[176]](#footnote-177)En conformité avec la législation et la réglementation، وضرورة أن يتقبّل العامل إجراء فحوصات طبية داخلية و خارجية في إطار طب العمل أو مراقبة المواظبة.

كما يجب عليه المشاركة في التكوين و تحسين المستوى و إعادة التأهيل التي يقوم بها رب العمل في إطار تحسين نوعية العمل و فعالية الهيئة المستخدمة، أو بغرض تحسين مستوى النظافة و الأمن.

ولعل أهم ما نصت عليه المادة 7 في تعدادها لالتزامات العامل الأجير اتجاه رب العمل، اشتراطها أن لا يكون للعامل الأجير مصالح مباشرة أو غير مباشرة في مؤسسة أو شركة منافسة، سواء كانت من الزبائن أو مسموح لها في إطار المقاولة من الباطن Sous traitantes، ما عدا اتفاق مع رب العمل يسمح له بذلك،[[177]](#footnote-178) وأن لا ينافسه في مجال نشاطه.

وتبرز أهمية هذه الحالة في ظل تنامي أفكار الاقتصاد اللبرالي الحر ونشوء مؤسسات وشركات متعددة[[178]](#footnote-179)، وسهولة إنشائها طالما لا زالت السوق الجزائرية مفتقرة للمؤسسات والشركات بشكل كافي و في جميع المجالات.

وكثرة هذه المؤسسات سينجم عنها لا محالة تضارب في المصالح ومحاولة التصرف بطرق منافسة غير مشروعة،[[179]](#footnote-180) وما ينقص هذه الحالة أن المشرّع الجزائري لم يفرض على العمال الالتزام بعدم المنافسة عقب استقالة العامل أو تسريحه لسبب اقتصادي.

إذ قد يتمكن من فتح نشاط مشابه تماما لرب العمل وبنفس المواصفات، فكان الأجدر بالمشرّع الجزائري أن ينص على أن يستمر المنع على الأقل سنتين بعد نهاية علاقة العمل بين الطرفين على الشكل التالي: "...وأن لا ينافسه في مجال نشاطه أثناء علاقة العمل، وبعد نهاية هذه العلاقة لمدة سنتين على الأقل"[[180]](#footnote-181)

« …et ne pas faire concurrence a l’employeur dans son champs d’activité pendant la relation du travail, et après la fin de celle-ci deux années au minimum ».

وثاني حالة تنفرد بالأهمية في نص المادة 7 التي عدّدت التزامات العامل الأجير، ما يتعلق بضرورة عدم إفشاء المعلومات المهنية المتعلقة بالتقنيات والتكنولوجيا وأساليب الصنع و طرق التنظيم، وأن لا يكشفوا بصفة عامة مضمون الوثائق الداخلية الخاصة بالهيئة المستخدمة إلاّ إذا فرضها القانون،[[181]](#footnote-182) أوطالبت بها سلطتهم السلمية.

وكان يجب أن يشمل المنع المذكور في هذه الحالة الاتصالات التي يجريها رب العمل مع مموّلين بالسلع، لهم مكانتهم الاقتصادية عالميا، واستطاع إقناعهم بتزويده بمواد نادرة تستعمل في الإنتاج.

فإذا وصل إلى علم العمال الأجراء مكان تواجدهؤلاء المموّلين، أو أرقام هواتفهم، بمناسبة حديث رب العمل مع أحدهم هاتفيا، لا يجب أن يقوم العامل الأجير بإعطاء تلك المعلومات لشركة منافسة تبحث عن هذه المادة النادرة منذ مدة طويلة[[182]](#footnote-183).

وآخر ما نصت عليه المادة 7 من قانون 90/11 فيما يخص الالتزامات الملقاة على عاتق العامل الأجير ضرورة أن تراعي الالتزامات الناجمة عن عقد العمل، وهو أمر منطقي إذ يجب على العامل أن يؤدي الواجبات المنوطة به بدقة وأمانة.

وصفة العامل الشخصية لعبت دورا أساسيا في إبرام عقد العمل، لذلك فإن هذه الحالة الأخيرة قد تشمل كل الحالات السابقة وتزيد عليها طبقا لما تم إقراره بالعرف أو بالعادات أو بكل ما من شأنه أن يكون محل إلزام للعامل في أداء عمله طبقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.

فكفاءة العامل ومدى قدرته على أداء العمل المنوط به تعد من العناصر الأساسية التي تدخل في الاعتبار عند إبرام العقد.

لذلك لا يجوز للعامل أن يستعين في عمله بعامل آخر، أو أن يكلّف شخصا آخر للقيام به، لأن علاقة العمل لا تتأثر بوفاة صاحب العمل ما لم تكن شخصيته قد روعيت في إبرام العقد، بينما تنقضي علاقة العمل بوفاة العامل حقيقة أو حكما، لذلك فإن صاحب العمل لا يمكنه أن يلزم الورثة بأداء عمل التزم مورثهم بأدائه، ولا هم يستطيعون إلزام صاحب العمل بأن يحلّوا محل مورثهم.

غير أن هذا الطابع الشخصي في أداء العمل لا يعد من النظام العام، فيجوز مخالفته بأن يكلف العامل بعمله شخصا آخر بشرط موافقة صاحب العمل موافقة صريحة، ويجوز أن يكون الاتفاق ضمنيا يستخلص من إرادة المتعاقدين أو يستدل عليه من العرف والعادات[[183]](#footnote-184).

وقد لا يحدد طرفي العقد مضمون العمل الذي سيقوم به العامل تعيينا دقيقا، اكتفاءا منهما ببيان جنس الخدمة دون تحديد نوعها ومداها.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذه الحالة "أن بيان جنس الخدمة كاف، وأنه عند تحديد نوع الخدمة الواجب على العامل أداؤها –و في تحديد مداها- يتعين الرجوع إلى الأعمال التي يقوم بها نظرائه، وإلاّ تحدّد بالرجوع إلى العرف، فإذا لم يوجد العرف تولّى القاضي تحديدها وفقا لمقتضيات العدالة"[[184]](#footnote-185).

وتجب الإشارة إلى أن العامل الأجير لا يمكنه الاحتجاج بعدم تنفيذ التزاماته المهنية إذا حدث وأن قام رب العمل –نتيجة ظروف جديدة- بتغيير العمل المتفق عليه بشكل مؤقت، أو بشكل دائم، طالما أتيحت له الفرصة لتغيير العمل، إذا كان ذلك يتفق و مصلحة العامل، حيث يصعب التصور في العقود الزمنية والمستمرة استقرار العلاقة، إلا إذا تناسبت مع الظروف الجديدة التي لم تكن متوقعة عند التعاقد.

وذلك يعني أن إمكانية التعديل في مثل هذه العقود تتفق والمتغيرات، وهي عنصر من عناصر استقرار هذه العقود وليس سببا في المساس بها.

وبتطبيق هذه الأفكار على عقد العمل، يتصور أثناء علاقة العمل المستمرة لسنوات طويلة، أن يضطر صاحب العمل لتغيير وتطوير الوسائل الفنية التي يعمل بها، أو تغيير مكان المنشأة والانتقال إلى مكان أوسع وأكثر تنظيما لمصلحة العمل، ممّا قد يضطر صاحب العمل معه إلى تعديل في العمل الذي يقوم به العامل.

وقد أيّدت محكمة النقض المصرية هذه النظرة، وحدّدت ضوابط هذا التعديل بقولها:"لصاحب العمل سلطة تنظيم منشأته واتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيمها، وله تعديل الأوضاع المادية لمختلف الخدمات وإعادة توزيعها على عماله، وتحديد اختصاصات كل واحد منهم، بما يتفق مع صلاحيته وكفايته ومؤهلاته، طالما أنه لا يمس أجورهم ومراكزهم الأدبية"[[185]](#footnote-186).

وقد أكّدت المادة 76 من قانون العمل المصري الجديد هذا التوجه بقولها: "لا يجوز لصاحب العمل أن يخرج على الشروط المتفق عليها في عقد العمل أو اتفاقية العمل الجماعية، أو أن يكلّف العامل بعمل يعمله، غير متفق عليه، إلاّ إذا دعت الضرورة إلى ذلك منعا لوقوع حادث أو لإصلاح ما نشأ عنه، أو حالة القوة القاهرة، على أن يكون ذلك بصفة مؤقتة، وله أن يكلف العامل بعمل غير المتفق عليه، إذا كان لا يختلف عنه اختلافا جوهريا بشرط عدم المساس بحقوق العامل، ويتماشى مع التطور التقني في المنشأة".[[186]](#footnote-187)

فصفوة القول أن العامل الأجير يجب عليه أن يتماشى في أداء عمله كما كلّفه به رب العمل، ليس وفقا للعقد المبرم بينهما فحسب، بل وطبقا لمستلزمات هذا العقد ووفقا للقانون والعرف والعدالة، وبحسب طبيعة الالتزام[[187]](#footnote-188).

ولا بد من الإشارة إلى أن قانون العمل الجزائري رقم 90/11 في مادتيه (62 و63) لا يستجيب لإمكانية قيام رب العمل بتعديل عقد العمل مثلما نص عليه المشرّع المصري فيما سبق ذكره، إذا ما كانت هناك ظروف تدفعه لهذا التعديل في صالح المؤسسة وفي صالح الوسائل الفنية التي تقوم على أساسها هذه المؤسسة.

وكل ما يجب أن يأتي به التعديل حسب قانون العمل الجزائري هو أن تكون التعديلات الواردة على عقد العمل قد أتى بها القانون أو التنظيم أو الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية، وفيها قواعد أكثر نفعا للعمال من تلك التي نص عليها عقد العمل، فقد نصت المادة 62 المذكورة سابقا على:" يعدّل عقد العملإذا كان القانون أو التنظيم أو الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية، تملي قواعد أكثر نفعا للعمال من تلك التي نص عليها عقد العمل".

وتنص المادة 63 على: "يمكن تعديل شروط عقد العمل وطبيعته، بناءا على الإرادة المشتركة للعامل والمستخدم، مع مراعاة أحكام هذا القانون".

فمغزى المادة 62 أن العقد يكون مبرما، ولكن يعدّل[[188]](#footnote-189) إذا صدر قانون جديد فيه أحكام أكثر نفعا للعمال الأجراء[[189]](#footnote-190)، فيمكن تعديل شروط عقد العمل وطبيعته بناءا على الإرادة المشتركة للعامل والمستخدم مع مراعاة أحكام هذا القانون.

فهذه المادة فقط هي التي يمكن أن تكون مرجعا يلجأ إليه رب العمل، لإمكانية ممارسة قيادته للمؤسسة وإدخال العناصر الجديدة في العلاقة التي تربطه بالعمال الأجراء، إذا ما كان ذلك يعود بالنفع على المؤسسة وبالنتيجة يعود بالنفع على العمال الأجراء.

ولكن هذا المصدر الموجود في المادة 62 يصطدم بعقبة الحديث عن الإرادة المشتركة للطرفين La volonté commune، فهل سيكون سهلا على المستخدم إقناع العامل الأجير بتغيير منصب العمل إذا كان في ذلك فائدة عظيمة للمؤسسة، في حين أنه قضى في ذلك المنصب ما يزيد على عشريتين كاملتين؟.

ثم هل من السهل على رب العمل إقناع العامل الأجير للوصول إلى إرادة مشتركة بخصوص نقل العامل الأجير من العمل في فرع تابع للمؤسسة بعيد عنها ولكن مقره يشهد إقبالا كثيرا من الجمهور على منتجات المؤسسة وليس في مجموعة العمال عامل آخر يمكنه تأدية ذلك بالمهارة التي يتمتع بها العامل الذي وقع عليه الاختيار؟.

فنرى أن هاتين المادتين فيهما مساس بسلطة رب العمل، وأحقيته في تعديل عقد العمل طبقا لما تقتضيه مصلحة جميع أطراف هذا العقد، بعكس المشرّع المصري الذي قبل التعديل بشرط عدم المساس بقيمة الأجر أو بالمركز الأدبي[[190]](#footnote-191) .

وهو الأمر الذي يجب على المشرّع الجزائري تداركه بضرورة تعديل محتوى هاتين المادتين استجابة للتطورات الاقتصادية التي تشهدها الجزائر، والمرتبطة في جانب كبير منها بكثرة المؤسسات الجزائرية الخاصة، التي لها احتكاك بالمؤسسات الأجنبية المتواجدة بالجزائر، والتي تقوم في معظمها على أفكار ليبرالية تراعي مصلحة المستخدم مثلما تراعي مصلحة العامل الأجير[[191]](#footnote-192).

هذا كل ما يتعلق بالحالة الأولى للمادة 73 من قانون 90/11 وما تفرضه من التزامات يشكل المساس بإحداها خطأ جسيما يؤدي إلى التسريح التأديبي.

**2- إذا أفشى معلومات مهنية تتعلق بالتقنيات والتكنولوجيا وطرق الصنع والتنظيم أو وثائق داخلية للهيئة المستخدمة إلا إذا أذنت السلطة السلمية بها أو أجازها القانون:**

كنا قد أشرنا ولو بصورة سطحية لهذه الحالة عندما تحدثنا عن الواجبات المفروضة على العامل التي حدّدتها المادة 7 من قانون 90/11 والتي من بينها عدم إفشاء المعلومات المهنية[[192]](#footnote-193).

والمقصود بذلك أن يكون العامل أمينا على الأسرار التي يضطلع عليها بسبب عمله، فلا يعلم بها الغير.

ويجوز لرب العمل بناءا عليه فصل العامل الذي يفشي معلومات سرية وصلت إلى علمه، سواء كان عقد العمل محدّد أو غير محدد المدة، وتنطبق هذه الحالة على كل ماله علاقة بالعمل وأسراره الصناعية والتجارية.

والالتزام بالسرية لا يقصد به عدم إطلاع الغير بمعلومات عن العمل فقط، بل أن لا يكون الإفشاء بعمل إرادي من العامل، لأن شهادته ستحول شكوك الناس إلى يقين فيما يخص معلومات معينة.

فالعامل الذي يتقدم ببلاغ إلى مصلحة الضرائب يتضمن تسجيل جميع أرباح صاحب العمل وأخذ دفاتر المحل بغير إذن منه لتأكيد بلاغه، يعتبر من قبيل إفشاء الأسرار[[193]](#footnote-194).

غير أن الأسرار التي تحدثت عنها المادة 07 هي الأسرار المشروعة التي يحميها القانون وأن توجد مصلحة في كتمانها.

أما إذا كانت أسرار تمس أمن الدولة واقتصادها أو كانت من النوع الذي يعتبر السكوت عنها عملا إجراميا في حد ذاته، فإن الإفشاء لا يعتبر مخالفة قانونية.

وقد قضت محكمة استئناف أبوظبي في هذا الصدد "أن الأسرار التي يحرّم على العامل إفشاؤها عن صاحب العمل، هي التي تتعلق بأسرار المهنة، واختراعاته وطرق تنفيذ أعماله الفنية والمهنية والتجارية، وأما المخالفات القانونية التي يرتكبها صاحب العمل، فلا تعتبر من الأسرار التي يمنع على العامل الإبلاغ عنها خاصة إذا كانت هذه المخالفات تشكل مخالفة أو جريمة قانونية، حيث يكون التكتم عنها وليس الإبلاغ عنها هو الجريمة[[194]](#footnote-195)".

كذلك فإن إبلاغ مفتش العمل بالمخالفات العمالية لا يعتبر إفشاء للأسرار، كما لا إجبار على كتمان السر إذا كان كشفه يمنع ارتكاب جريمة.

ومن جهة أخرى فإن السر قد يكون معلنا لجهة أخرى غير العامل، كمكتب العمل مثلا، ولكن هذا لا يمنع من اعتباره سرا يتعين على العامل إذا كان يعلمه بحكم عمله أن يحافظ عليه و ألاّ يكشفه، كالإخطار السنوي الواجب على رب العمل القيام به اتجاه مكتب العمل المختص بشأن عدد عماله وسنهم والوظائف والأعمال التي أنشئت، وفرص التشغيل، فهذا البيان قد يتضمن أسرارا خاصة بالمنشأة يترتب على قيام العامل بكشفها لمنشأة أخرى منافسة، الإضرار بالمنشأة وعمالها وصاحبها.

ورأى بعض الفقه الفرنسي أن أساس الالتزام بعدم إفشاء الأسرار يجد مصدره في الالتزام بالإخلاص، فالعلاقة بين العامل ورب العمل تتسم بالترابط القوي الذي يقتضي إخلاصا من طرف العامل كمقابل للثقة التي وضعها فيه رب العمل.

وقد انتقد الفقه الفرنسي الحديث[[195]](#footnote-196) هذا الرأي حيث يرى في واجب الإخلاص هذا أنه واجب مزعوم يذكر بفكرة التحالف alliance الألمانية، وهي الفكرة التي لا يمكن فهمها إلا في ضوء المشروع باعتباره مجتمعا للعمل يضع فيه أعضاؤه أنفسهم تحت السلطة المهنية لرب العمل ليس لأجل مصلحة المشروع فقط وإنما من أجل مصالح أفراده، و لهذا فإن هذا الفقه يرفض ما يدعوا إليه الفقه القديم ولا يرى وجود هذا الالتزام الغامض بكل ما يشمله من تدخل في شؤون العامل من تاريخ ومكان و زمان العمل بحجة عدم الإضرار برب العمل.

ويقتضي مبدأ عدم إفشاء الأسرار الذي يلتزم به العامل، أن يمتنع عن إتيان أي عمل من شأنه التشكيك في مدى احترامه لأسرار المؤسسة.

فلقد قضت محكمة النقض الفرنسية[[196]](#footnote-197) أنه يشكل سببا حقيقيا وجديا Cause réelle et sérieuse للتسريح، قيام عاملة أجيرة لدى رب العمل بأخذ ملفات ووثائق إلى منزلها بالرغم من اشتراطات رب العمل بعدم القيام بذلك، فبأخذها وثائق تتعلق بالعمل إلى منزلها، تكون العاملة بمقتضى ذلك قد أحاطت حولها الشكوك في إمكانية إفشائها لأسرار المؤسسة، خصوصا إذا كانت الوثائق بالإمكان أن يضطلع على محتواها كل أفراد العائلة الذين لن يكونوا حتما مشبعين بالمبادئ المتعلقة بالسر المهني.

وفي قرار آخر أكثر خطورة، قضت محكمة النقض الفرنسية[[197]](#footnote-198) بأنه يشكل خطأ جسيما Faute graveقيام العامل الأجير بتقديم وثائق كان قد أعدّها بنفسه، أو كانت بحوزته في إطار علاقة العمل التي كانت تجمعه برب العمل قديما وذلك في نزاع قضائي يدور بينهما حاليا.

وما يمكن استخلاصه من هذا القرار أن العامل الأجير يكون ملزما بمبدأ السر المهني حتى مع رب العمل القديم الذي كان يشتغل عنده، وهذه الحالة نجدها في فرضيتين:

***الفرضية الأولى*:** أن الأمر يتعلق بانتقال هذه المؤسسة التي كان يرأسها رب العمل القديم الذي هو الآن في نزاع قضائي مع العامل المعني بالوثائق السرية، إلى رب عمل جديد، وفي هذه الحالة يحق لرب العمل الجديد أن يعترض على استعمال العامل الأجير لهذه الوثائق، لأن ذلك من شأنه إلحاق الضرر بمؤسسته وبالتالي له أحقية معاقبته بالتسريح التأديبي بسبب ارتكابه لخطأ جسيم.

***الفرضية الثانية*:** أن الأمر يتعلق برب العمل القديم الذي لا زال يرأس المؤسسة، ولكن يقتضي مبدأ المسؤولية المشتركة أن يحافظ العامل على أسرار المؤسسة، بالرغم من انقطاع صلته برب العمل ولا وجود لعلاقة تبعية بينهما، وإلا قامت مسؤوليته.

وجاز لرب العمل بناءا على ذلك من أن يقاضي هذا العامل، ويطالب بتعويضه عن الضرر اللاحق به جرّاء تعسّف العامل في استعمال وثائق تمكن منها بمناسبة علاقة العمل التي كانت تربطه بالمستخدم.

ومبدأ عدم إفشاء الأسرار ازداد أهمية عقب تطور وسائل الاتصال وظهور تقنيات متطورة وجديدة تمنح للعامل الأجير استعمالها، وبالتالي عدم احترام سرية ما يدور أثناء العمل.

ولقد قضت المحكمة العليا في قرار مؤرخ في 10/01/2007 أن تسريح المندوب النقابي تحكمه حماية خاصة لا يمكن أن يغفلها قاض أول درجة.

وتمثلت وقائع هذه القضية في كون أنه حدثت واقعة جزائية تمثلت في ارتكاب جنحة من طرف عامل أجير له صفة مندوب نقابي.

وبعد ذلك اتخذت المؤسسة التي يتبعها هذا العامل، قرارا تحفّظيا، بتوقيف هذا العامل، ليتم اتخاذ قرار تسريحه بتاريخ 23/10/2002.

إثر ذلك تحركت دعوى قضائية جزائية، تم بناءا عليها إدانة العامل المعني، جزائيا، بجريمة الإهانة والقدف بتاريخ 21/10/2002.

وبتاريخ 17/09/2003 تمت إدانة العامل جزائيا من أجل الإختلاس.

غير أنه وبتاريخ 24/05/2004 صدر حكم القسم الإجتماعي قضى بإلغاء قرار التسريح.

وكان الإشكال القانوني المطروح على المحكمة العليا يتمثل في ضرورة إعلام المستخدم للتنظيم النقابي الذي يتبعه المندوب النقابي، بالإجراء التأديبي، قبل اتخاذ قرار التسريح؟

وكان رد المحكمة العليا، انه كان على قاضي أول درجة أن يفرق بين المادة 73/02 من قانون 90/11، والمادة 54 من قانون 90/14.

فبالنسبة للمادة 73/02، يتم تطبيقها عندما يتعلق الأمر بالعامل الأجير العادي، أما إذا تعلّق الأمر بعامل له صفة المندوب النقابي، فإن مضمون المادتين 54 و55 المتعلقتين بالحماية الخاصة المفردة للمندوب النقابي، هو المضمون الذي يجب تطبيقه في قضية الحال.

وبما أن المحكمة الأولى لم تنظر إلى صفة العامل، فإنه غاب عنها تطبيق المادتين 54 و55 من قانون 90/14، وبالتالي أخطأ قاضي أول درجة في هذه النقطة.

وفيما يخص القرار التحفظي وقرار التسريح، يتضح من خلال موقف المحكمة العليا، أن القرار التحفظي ليست له صبغة تأديبية، حتى يعتد بتبليغه، بينما يعتبر التسريح التأديبي، إجراءا تأديبيا، حسب نصي المادتان 54 و55، اللتان تفرضان ضرورة تبليغه للتنظيم النقابي.

وزيادة على ذلك، فإن المحكمة العليا اعتبرت هذا التبليغ من النظام العام، وبالتالي فهو إجراء جوهري.

وبما أن محكمة الدرجة الأولى، لم تراعي جوهرية هذا الإجراء، فإنها تكون قد جانبت الصواب.

وأما محكمة النقض الفرنسية[[198]](#footnote-199)، فقد قضت بوصف الخطأ الجسيم Faute lourde في حق الممثل النقابي Un déléguésyndical تمكن من نظام معلوماتي سرّي للسمع Systèmed’écouteclandestins يسمح له بالتقاط وتسجيل ما يدور من محادثات داخل مكتب المدير، حتى و إن كان لا دخل له في وضع هذا النظام.

فهذا القرار يقترب من القرار الذي وصف أخذ العاملة الأجيرة لوثائق العمل إلى منزلها بالخطأ الخطير La faute grave، لكون ذلك قد يشكل نسبة كبيرة لإمكانية اختراق الغير لأسرار المؤسسة و علمهم بها.

وأيضا في هذا القرار لا يمكن للعامل الأجير أن يستعمل طرقا احتيالية للتوصل إلى معرفة ما يدور داخل مكتب المدير، لأن هذا الأخير له علاقات أخرى خاصة به في إطار تعاملاته مع الزبائن ومع مدراء الشركات المنافسة، يرى ضرورة عدم علم العامل الأجير بها، لأن ذلك قد يكون منطلقا لإفشائها من طرفه.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية[[199]](#footnote-200) في قرار آخر لها بأنه فعل يشكل خطأ خطيرا Faute graveقيام مديرة الماركتنغ Directricedu marketing، بإفشاء نموذج العلبة Maquette d’un flacon، مع أن الرسم الخاص به لم يكتمل،لصحافية،يشكل نشرا لمعلومات خاطئة، مع أن المنتوج تم الاستغناء عنه في اليوم الموالي.

ففي هذا القرار نستظهر التزاما آخر يقع على العامل الأجير المكلف بالإشهار، فلما يصل إلى علمه أن المؤسسة بصدد إعداد منتوج جديد ومواصفات معينة، فإنه يمنع عليه نشر أي معلومات تتعلق بهذا المنتوج سواء لأشخاص عاديين، أو لصحافيين يتصلون به، وهذا كله طبقا لمبدأ الإخلاص والتفاني في خدمة المؤسسة والخوف على مصالحها[[200]](#footnote-201).

وفي جانب آخر تقتضي الإشارة إلى ما تتميز به ساحة القضاء الاجتماعي في فرنسا، من دقة التعامل مع طرفي علاقة العمل، بشكل لا تكون معه تجاوزات في حق أحدهما.

فبخصوص دائما مبدأ عدم إفشاء الأسرار، قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن الاحتراز من العامل الأجير بخصوص أسرار المهنة التي يعلم بها، لا يجب أن يدفع رب العمل إلى إجبار هذا العامل على تأدية اليمين بخصوص السريةSe soumettre a un serment de confidentialité.

إذ اعتبرت محكمة النقض الفرنسية[[201]](#footnote-202)أنّ رفض العامل لتأدية هذا اليمين، لا يعتبر سببا جديا و حقيقيا للتسريح، لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى طابع غير ضروري Superfétatoire، ومؤدي Vexatoire ومؤلم Désobligeant.

ونرى أنه من الطبيعي أن تحكم محكمة النقض الفرنسية بهذا الحكم لأن ذلك تقتضيه روح العدالة وعدم التعسّف.

فليس من المعقول أن يجبر رب العمل، العامل الأجير، بتأدية يمين خاصة بسرية المهنة، لأن ذلك من شأنه أن يحدث لديه اضطرابا نفسيا و شعورا بعدم وجود الثقة فيه من طرف رب العمل، زيادة على أن ذلك، قد يشكل إهانة ومساسا بشرف العامل الأجير.

**3- إذا شارك في توقف جماعي و تشاوري عن العمل خرقا للأحكام التشريعية الجاري بها العمل في هذا المجال:**

فلكي تشكل هذه الحالة خطأ جسيما، يستوجب المشرّع الجزائري مشاركة العامل الأجير في توقف 1-جماعي و2-تشاوري عن العمل 3-خرقا للأحكام التشريعية التي يجري بها العمل في هذا المجال.

وليس هناك أحكاما تشريعية تنظم التوقف عن العمل إلا قانون 90/02 المؤرخ في 06/02/1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية وتسويتها وممارسة حق الإضراب، وهو القانون الذي نص في غالبية مواده على شرعية ممارسة حق الإضراب[[202]](#footnote-203).

إن المشرّع الجزائري وبذكره عنصر التوقف عن العمل في هذه الحالة فإنه لا يقصد من ذلك موضوع الإضراب بالضرورة.

وفيما يلي شرح للعناصر التي تشكل توقفا غير مشروع:

**1-التوقف عن العمل:**

إن مصطلح التوقف الذي ذكره المشرّع الجزائري لم يبين ما هو التوقف الذي يقصده بدقة لذلك فإن القول بأنه يعني الإضراب، قدتعترضه بعض الصعوبات، المتمثلة أساسا في إمكانية الخلط بين مفهومي شرعية وعدم شرعية الإضراب.

إنّ التوقف عن العمل قد يكون دون سابق إنذار وناجم عن لحظة غضب ويمتد ربما ليومين أو أكثر، وبالتالي يشكل توقيفا لعجلة الإنتاج دون وجه حق وبالتالي خطأ جسيما.

في حين يمكن أن يشكل الإضراب توقفا غير مشروع إذا لم تحترم فيه الإجراءات التي فرضها المشرّع، كإعلام المستخدم، ومراعاة فترة الإخطار، ووجود أسباب جدّية، وبالتالي وجب على المشرّع الجزائري تحديد مصطلح التوقف بدقة.

**2-المشاركة في التوقف:**

وهذا شرط أساسي للقول بأن العامل يدخل ضمن هذه الحالة التي تتعلق بكل عامل بمفرده.

فالعنصر الأساسي في هذه الحالة، هو أن يشارك العامل المعني في التوقف الذي باشرته مجموعة من العمال.

غير أنه وفي هذا العنصر تحديدا، قد يثور التساؤل حول العامل الذي لم يكن ليعلم بأن التوقف غير مشروع فقام بالمشاركة فيه، كأن يكون عائدا مباشرة من تربص خارج البلاد ومباشرة لدى عودته اتصل به أحد ممثلي العمال وأعلمه بأن التوقف مشروع، وما عليه سوى الامتناع عن الالتحاق بعمله، فهل يصدر في هذه الحالة قرار بتسريحه؟

الإجابة عن هذا التساؤل تبدو صعبة لأنها تتعلق بمصير العامل، وأن الأمر يتعلق بالقدرة على إثبات ذلك.

إلاّ أنه ومع إمكانية إثباته لعدم العلم بالتوقف غير المشروع، فإن ذلك قد يصطدم مع مبدأ لا يعذر أحد بجهل القانون، وبالتالي ما كان عليه سوى معرفة ما فرضه القانون في ممارسة الإضراب المشروع.

ونحن نرى أن العامل وبمشاركته في هذا التوقف غير المشروع، دون أن يبحث في مدى شرعيته، ودون أن يبدي رأيه قبل المشاركة فيه، يكون متعجّلا في ممارسته، وبالتالي يحق للقاضي أن يطبق عليه هذه الحالة التي ذكرتها المادة 73.

**3-أن تكون المشاركة في التوقف خرقا للأحكام التشريعية الجاري العمل بها:**

وفي الحقيقة يعتبر هذا العنصر تحصيل حاصل، لأنه لا يمكن الحديث عن التوقف وعن المشاركة وإصباغهما بعدم المشروعية، دون الحديث عن النص القانوني.

إلاّ أنّ الإشكال الأساسي هو في معرفة من له أحقية تفسير النص القانوني، والحديث عن الشرعية أو عدم الشرعية، فالمستخدم يحاول قدر الإمكان وصف التوقف بعدم المشروعية، وجماعة العمال إذا كانت قد احترمت شروط الإضراب من إعلام للمستخدم والموافقة على قرار الإضراب، أن تطلق وصف المشروعية على التوقف.

طبعا في هذه الحالة، نرى أن قاضي الموضوع هو فقط الذي يمكنه الحكم على التوقف إذا كان مشروعا أو مخالفا للشرعية، ولا يمكن لقاض الاستعجال أن يحل محلّه.

غير أنه وبالأحكام الجديدة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، أصبح للقاضي الاستعجالي إمكانية الحكم بتوقيف الإضراب .

وهو الإضراب الذي لن يكون شرعيا إلا إذا استمر النزاع بعد المرور على إجراءات المصالحة والوساطة، وكل إجراء آخر من شأنه أن يحل النزاع[[203]](#footnote-204) ومنصوص عليه إما في اتفاق جماعي أو اتفاقية جماعية accord ou convention collectifs.

ويجب أن يستدعي العمال المعنيون، بمبادرة من ممثلي العمال المنصوص عليهم في المادة 4 الفقرة 2 من نفس القانون 90/02[[204]](#footnote-205)، في جمعية عامة تخصص لهذا الغرض في أماكن العمل، بعد إعلام المستخدم، لإعلامهم بنقاط الخلاف التي لازالت مطروحة، واتخاذ القرار بشأن التوقف الجماعي عن العمل بعد الاتفاق على ذلك[[205]](#footnote-206).

ولقد تمّ منع الإضراب في القطاعات الحيوية والاستثنائية كمهنة القضاء والموظفون المعينون بمرسوم،[[206]](#footnote-207) وأن يتم ضمان الحد الأدنى من الخدمة في قطاعات أخرى كالمصالح الإستشفائية والمواصلات اللاسلكية والسلكية[[207]](#footnote-208).

وزيادة على ذلك، ينبغي قبل اللجوء إلى الإضراب ضرورة التصويت عليه تصويتا سريا بأغلبية العمال المجتمعين في جمعية عامة، مشكلين لأغلبية العمال المعنيين على الأقل[[208]](#footnote-209).

وهنا لابد من الإشارة إلى أن طريقة استدعاء العمال للمرة الأولى، ثم معاودة استدعائهم للمرة الثانية إذا لم يكتمل النصاب القانوني في الحضور الأول، تكون طريقة غير قانونية إذا ما كان عدد الحضور رغم الاستدعاء الثاني أقل من نصف العدد المكون لجماعة العمال المعنيين[[209]](#footnote-210).

وأما ما يتعلق بإعلام المستخدم بالقرار الذي تم اتخاذه في الجمعية العامة، والذي وافقت عليه جماعة العمال باقتراع سري، للّجوء إلى الإضراب، فإن ذلك مرهون بأن يتم بالإشعار المسبق بالإضراب[[210]](#footnote-211) الذي يعتبر شرطا جوهريا لتنفيذ قرار الإضراب.

إذ لا يمكن تنفيذه إلا بعد انتهاء أجل الإشعار بالإضراب وهو الإشعار الذي يبدأ احتسابه من تاريخ إيداعه لدى المستخدم، وإعلام مفتشية العمل المختصة إقليميا، وهذه المدة الخاصة بالإشعار تحدد عن طريق المفاوضة ولا يمكن أن تقل عن 08 أيام من تاريخ إيداعه[[211]](#footnote-212).

غير أن الحديث عن شرعية الإضراب، وبالتالي شرعية ممارسته، حتى لا تتحول هذه الممارسة إلى خطأ جسيم Faute Grave بحسب المادة 73 من قانون 90/11، يجرّنا إلى الحديث على أن الإضراب هو حرية فردية يمارسها العامل الأجير باقتناع شخصي وبعيدا عن أي ضغط، ويقرره بعيدا عن أي إملاء.

إلا أنّ ذلك يتعارض مع المادة 27 من قانون 90/02 التي أعطت لممثلي العمال حق المبادرة إلى استدعاء جماعة العمال للموافقة على الإضراب، فقد لا تحترم فيها إرادة الفئة الرافضة لفكرة الإضراب وبالتالي يتضح أن ممارسة حق الإضراب ترتبط بمفهوم عضوي، فالعامل يمارسه فقط بناءا على عضويته في تنظيم نقابي، وهذا انتقاص من حقه في ممارسة الإضراب أو عدم ممارسته، المنصوص عليهما دستوريا[[212]](#footnote-213).

إن التوقف التشاوري عن العمل معناه اتفاق العمال، وليس لهم من وسيلة أخرى إلا عقد الجمعية العامة كأقصى ما يملكون من إجراءات قانونية شرعية، بالرغم من أن قراراتها بالتصويت السري سوف لن تحترم قرار الأقلية الرافضة للإضراب.

وبالتالي قد يتعرض أحد العمال الرافضين للإضراب إلى التسريح، لمشاركته في هذا الإضراب، إذا اتضح فيما بعد عدم مشروعيته، بالرغم من أن مشاركته كانت مبدئية فقط، أي من حيث مبدأ التضامن مع زملاءه فقط، لكونه كان رافضا لفكرة الإضراب عشية انعقاد الجمعية العامة، فهل يكون التسريح عادلا في هذه الحالة؟

إن ممارسة حق الإضراب، وهو حق التوقف التشاوري عن العمل، لازال يكتنفه غموض قانوني كبير، نهيب بالمشرّع الجزائري، أن يعمل على تفاديه من خلال التعديلات والإضافات المقبلة لقانون 90/02 المعدل والمتمّم، لاسيما من حيث ممارسته، مع حماية الفئتين، حماية الفئة الممارسة له من ضغوطات أرباب العمل، والفئة الممتنعة عنه من ضغوطات التنظيم النقابي.

إذ وفي هذا الإطار قد تطرح في الواقع العملي مشاكل قانونية فيما يخص إمكانية رب العمل في اللجوء إلى القاضي الاستعجالي لمواجهة الآثار التي يحدثها التوقف عن العمل.

فرب العمل يجد نفسه دون سلاح في مواجهة إضراب العمال التابعين له، ولأجل ذلك قد يلجأ إلى حلول راديكالية، لكونه ملزم بدفع أجور العمال غير المضربين، وتسوية مستحقات المموّلين له بالسلعRégler les fournisseurs، ودفع المستحقات الأخرى الناجمة عن حركة المؤسسة، بالرغم من أن الإنتاج توقف أو انتقص بسبب إضراب العمال .

فيلجأ إلى قوة القانون في مواجهة القوة التي لجأ إليها العمال، فيلتفت إلى القاضي الإستعجالي لأجل رفع الحواجز التي وضعها العمال المضربون أو لطردهم من الأماكن التي يحتلونها، وذلك لمواجهة الفوضى Le trouble فيحق لرب العمل حسب المادة 299 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري[[213]](#footnote-214) اللجوء للقاضي الإستعجالي لتفادي ضرر محدق Dommage imminent والضرر المحدق لن يكون من غير أن يكون هناك طابع استعجالي بحسب ما نصت عليه الفقرة 1 للمادة 299 من قانون الإجراءات المدنية.

فهده المادة 299 تسمح بالنظر في حالة إستعجالية، قد تتمثل في النزاع مع العمال المضربين على رفع الحواجز من أمام المدخل الرئيسي لأماكن العمل.

وقد يكون الطابع الإستعجالي في الموضوع، وبالتالي له الحق بحسب المادة 300 من قانون الإجراءات المدنية، الفصل في موضوع النزاع، وبالتالي التصريح بان الإضراب غير شرعي،ويحوز أمره حجية الشيء المقضي فيه، وهذا يتعارض مع المادة 303/الفقرة 01 التي تنص على "لا يمس الأمر الإستعجالي أصل الحق و هو معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن، كما انه غير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل".

كما قد تطرح حالات إستعجالية أخرى ، كتسخير العمال المضربين، فهل يحق للقاضي أن تصل سلطاته إلى حد الاستجابة لرب العمل كلية، وتسخير بعض العمال المضربين؟

وهل عدم امتثال العمال لذلك معناه ارتكابهم لخطأ فادح؟

لم تعرض حالة من هذا النوع على المحكمة العليا، ولكن بالرجوع إلى محكمة النقض الفرنسية نجد قرارا لها مؤرخ في25/02/2003[[214]](#footnote-215)بين:

Syndicat CFDT santé sociaux de la haute Garonne/ Association MAPAD de la cépiere.

بمناسبة النظر في قرار صادر عن مجلس قضاء تولوز Toulouse في 26/01/2001 الذي قضى بصحّة الحكم الصادر عن القاضي الإستعجالي الذي عرضت عليه قضية إضراب العمال عن العمل في مؤسسة استقبال المسنّين Etablissement accueillant des personnes âgés، فأمر من جهة بعدم أحقية رب العمل في اللجوء لعقود عمل محددة المدة لتعويض المضربين، و في الجهة المقابلة أمر بتسخير بعض العمال المضربين مع تحديد أسمائهم وذلك لضمان خدمة الليالي الثلاثة المقبلة بحسب التوقيت الذي يحدده رب العمل.

ورأى مجلس قضاء تولوز أن هذا الأمر كان من اللزوم إصداره لتفادي ضرر محدقPour Prévenir Un Dommage Imminent.

فرأت محكمة النقض الفرنسية و على النقيض مما رآه مجلس قضاء تولوز، أنه وبالاستناد إلى المادة 672 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية الجديد، أن السلطات المعطاة للقاضي الإستعجالي فيما يخص الأضرار المحدقة للإضراب لا تشمل إمكانية اتخاذ الأمر بالتسخير.

«Le pouvoir attribués au juge des réfères en matière de dommage imminent consécutif a l’exercice du droit de grève, ne comportent pas celui de décider la réquisition des salariés grévistes ».

فبهذا القرار، حاولت محكمة النقض الفرنسية وضع حدود أمام تدخل القاضي الإستعجالي طبقا للمادتين 627/ف1 و809 من قانون الإجراءات المدنية الجديد، لتعارضها مع المادة 7 من ديباجة دستور فرنسا المؤرخ في 1946 التي تنص على أن "حق الإضراب يمارس في إطار القوانين التي تنظمه" ويقصد بالقوانين التي تنظمه القوانين الخاصة، وليست القوانين العامة[[215]](#footnote-216) التي يكون اللجوء إليها مساسا بحق الإضراب.

وبنفس المنطق، كانت محكمة النقض الفرنسية في 1995[[216]](#footnote-217)، قد اعتبرت ما ورد في الاتفاقية الجماعية بخصوص الإشعار المسبق قبل الدخول في الإضراب، غير ملزم للعمال، على أساس أن الاتفاقية الجماعية لا ترقى لمرتبة القانون.

ونفس الشيء بالنسبة لموقفها في 2003، الذي اعتبرت فيه محكمة النقض الفرنسية أن المادة 809 من قانون الإجراءات المدنية الجديد، وحتى المادة 131 الفقرة الأولى منه، لا يشكلان إطارا تنظيميا لحق الإضراب، وتعتبر مبادئ عامة لا يجب أن تؤدي إلى المساس بحق معترف به دستوريا.

غير أن محكمة النقض الفرنسية لم تكن لديها نية إغلاق الباب أمام القاضي الإستعجالي، ولكن فقط عدم تدخله وقائيا Lui interdire d’intervenir préventivement في نزاع جماعي، لتعطيل ممارسة حق الإضراب، و كل تدخل آخر هو مسموح به سواء لاتخاذ إجراءات لا تمس بحق الإضراب أو لتوقيف فوضى معينة، بل أكثر من ذلك قد يكون منع القاضي الاستعجالي من الأمر بالتّسخير يعتبر في حد ذاته وقاية من خطر محدق، ويبقى له في أحوال أخرى الأمر بالتسخير لمواجهة احتجاج غير شرعي.

ففي هذه الحالة المطروحة عليها، رأت محكمة النقض الفرنسية أنه كان يمكن لرب العمل اللجوءللتوظيف لمدة محددة، أو تكليف العمال الغير مضربين بأماكن العمل الحساسة، التي يشكل توقفها خطرا محدقا بالمسنّين الغير قادرين على مواجهة حاجياتهم بأنفسهم، أو عن طريق تعاقده مع مؤسسة أخرى للتكفل بهم خلال مدة الإضراب، أو اللجوء إلى عمال متطوعين، فالذي تريد أن تؤكده محكمة النقض الفرنسية ضرورة عدم اللجوء مباشرة إلى القاضي الإستعجاليNe pas admettre le recours directement au juge des réfères ولأول وهلة، حتى لا يتحول تدخل القاضي الإستعجالي لوسيلة ضغط في يد أحد الطرفين المتنازعين[[217]](#footnote-218).

فنخلص من خلال ذلك أن العامل الأجير الجزائري إذا ما مارس حقه في الإضراب، فليس لرب العمل الحق في اللجوء مباشرة إلى رئيس المحكمة لتسخير بعض العمال المضربين، حتى ولو كان القطاع حساسا[[218]](#footnote-219)، لأن صدور أمر استعجالي بذلك، معناه التعارض مع ما تنص عليه المادة 299 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد التي تنص على "في جميع أحوال الاستعجال أو إذا اقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية أو أي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة، يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب، وينادى عليها في أقرب جلسة. يجب الفصل في الدعاوى الإستعجالية في أقرب الآجال".[[219]](#footnote-220)

وبالتالي يفهم من هذه المادة ضرورة إبعاد أي تصادم بين ممارسة حق منصوص عليه دستورا ومادة قانونية عامة تتعلق بالتصدي لما تفرضه حالة إستعجالية لا تحتمل الانتظار.

كما نخلص أيضا إلى أن ما توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية في كون الأمر الإستعجالي فيما يخص التسخيرغير قانوني، يعني أن رفض العامل الأجير المضرب عن العمل، تنفيذه، لا يترتب عليه ارتكابه لخطأ جسيم، وأن هذه الحالة إذا ما طرحت على القضاء الجزائري ينبغي أن يساير فيها ما توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية، طالما أن المواد الموجودة في قانوني الإجراءات المدنية الجزائري والفرنسي فيما يتعلق بالاستعجال تتقاربان، ومبدأ حق ممارسة الإضراب محاط بضمان دستوري في البلدين.

**4- إذا قام بأعمال عنف:**

وردت هذه العبارة دون تحديد ما إذا كان العنف الذي يقوم به العامل الأجير عنفا مسلّطا على أدوات ومنشآت المؤسسة، أو عنف مسلّط على أحد رؤساءه في العمل أو على رب العمل في حد ذاته، أو كون العنف قام به مع أحد من زملائه في العمل؟ كما لم يبين المشرّع الجزائري فيما إذا كان العنف هو عنف مادي أو معنوي؟

وتبعا لذلك لابد من دراسة والإجابة على هذه الحالات بالاعتماد دائما على ما ورد في القانونين الفرنسي أو المصري.

وفيما يلي شرح للإحتمالات التي يمكن أن يتم تصورها بالنسبة لأعمال العنف التي يرتكبها العامل:

1. **الاعتداء على منشآت المؤسسة:**

بالاضطلاع على المادة 7 من القانون 90/11 التي تضمنت الواجبات الملقاة على العمال الأجراء، اتّضح أنها لا تحوي إلزاما للعامل الأجير بالمحافظة على منشآت المؤسسة وعدم إتلافها، ومع ذلك يعد جوهر ما يجب على العامل القيام به، وحتى الحالة الأخيرة للمادة 7 التي تنص على "أن يراعوا الالتزامات الناجمة عن عقد العمل" لا يمكن أن تشمل المحافظة على وسائل الإنتاج.

وحتى لو تم شمول هذه الحالة بالمادة 7 فرضا، فإن الأساليب القانونية لمعاقبة العمال الذينيتلفون معدات المؤسسة سيكون فارغا من أي سند قانوني منطقي، ويبين فقط إمكانية تطبيق ما ورد في قانون العقوبات، وحتى ما ذكرته الحالة الموالية فإنها تتكلم عن تسبّبه عمدا في أضرار مادية تعيب البيانات والمنشآت، والتسبّب في الإضرار قد يكون بلا عنف وبلا أحداث صاحبت هذا العنف أو تلته.

**ب- اعتداء العامل على صاحب العمل أو المدير المسؤول:**

ينبغي في هذه الحالة أن يقع الاعتداء من العامل على صاحب العمل أو المدير المسؤول، وليس هناك اشتراط لأن يكون هذا الاعتداء جسيما، فقد يكون الاعتداء يسيرا، وسواء كان الاعتداء أثناء العمل أو بسببه، ولكن يجب التمييز بين الاعتداء الواقع على صاحب العمل أو المدير المسؤول من ناحية، والاعتداء الموجه إلى أحد رؤساء العمل من ناحية أخرى.

فبالنسبة لصاحب العمل أو المدير المسؤول[[220]](#footnote-221)، يتجه غالبية الفقه[[221]](#footnote-222)والقضاء، أنه يكفي صدور الاعتداء على أيّ منهما، ولا يشترط أن يكون جسيما، ويشترط أن يكون متصلا بالعمل ومكونا لجريمة جزائية، ويحصل الإبلاغ عنه، طالما أن هذا الاعتداء من شأنه الإخلال بهيبة صاحب العمل أو مديره المسؤول وقدرته على إدارة المنشأة.

ولم يبيّن المشرّع الجزائري إذا كان العنف يجب أن يتم أثناء العمل أو بسببه، أو أنه يرتكب خارج العمل، بعكس المشرّع المصري الذي نص في المادة 61 الفقرة9 على "...إذا وقع منه اعتداء كلي جسيم على أحد رؤساء العمل أثناء العمل أو بسببه"، فحدّد المشرّع المصري موقفه بضرورة أن يكون الاعتداء[[222]](#footnote-223) جسيما على أحد رؤساء العمل، وذلك أثناء العمل أو بسببه.

وواضح من النص أن المشرّع المصري لم يحدد مكان وقوع الاعتداء فيما يخص تعلق هذا الاعتداء بالعمل بمعنى كان الاعتداء بسبب العمل "بسببه"، وهو ما يدفع إلى التزام العامل باحترام صاحب العمل حتى خارج أوقات العمل، لأن الاحترام دائم ويرتبط بعلاقة العمل ذاتها وليس ممارسة العمل في حد ذاته.

فالإخلال بهيبة صاحب العمل أو المدير المسؤول يؤثر مباشرة على تسيير العمل بالمنشأة، بغض النظر عن مكان وسبب الاعتداء، فمثل هذا الاعتداء يكون حاجزا نفسيا كبيرا يعيق حسن سير العمل.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن وقوع الاعتداء أثناء العمل يكون أشد في نتائجه، لأن ذلك يعتبر مؤشرا خطيرا على سوء سلوك العامل، ويبرر بالتالي عقوبة الفصل الفوري.

ومثال ذلك أن يقوم العامل الأجير بخطف أوراق التحقيق من رئيس التحقيقات في إدارة المؤسسة وتمزيقها.

وأما الاعتداء على رؤساء العمل فيلزم في التشريع المصري أن يكون اعتداءا جسيما، وأن يتم إما أثناء العمل أو بسببه، فإذا كان الاحترام اتجاه صاحب العمل ضروريا ومستمرا في جميع الأوقات حتى خارج العمل، إلا أن احترام وطاعة رؤساء العمل محصور فقط في وقت العمل وبسبب العمل، ومن ثم فإن الاعتداء الذي يقع خارج العمل لغير سبب يتعلق بالعمل "بالنسبة للرؤساء في العمل" فإنه لا يبرر الفصل[[223]](#footnote-224).

وأما القضاء الفرنسي فإنه لا يعتبر الاعتداء خارج مكان العمل خطأ جسيما إلا إذا وقع بسبب العمل، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية[[224]](#footnote-225) بوجود خطأ خطير في رمي أحد العمال الأجراء قطعة كبيرة من اللحم على وجه المسؤول الذي نبّهه حول شؤون العمل، مما أدى إلى سقوطه أرضا.

وفي قرار آخر لها، اعتبرت محكمة النقض الفرنسية[[225]](#footnote-226)، التشاجر مع عامل آخر « Rixe Avec Un Autre Salarié » في نفس المؤسسة وبمناسبة العمل à L’occasion Du Travail خطأ خطيراFaute Grave.

وفي مناسبة أخرى، قضائها[[226]](#footnote-227) بارتكاب خطأ خطير La faute grave من طرف عاملة أجيرة أصبحت مسؤولة على محل تجاري، قيامها بصفع Gifle أحد زملائها، وتهديدها لمجموع العمال بمعاودة نفس الفعل.

غير أن محكمة النقض الفرنسية، وفي قرارات أخرى لها، قضت بعدم وجود خطأ خطير فيما يخص التهديد والعنف اتجاه مسؤول سلّمي Supérieur Hiérarchique من طرف مرافق Accompagnantللعاملة الأجيرة التي تعمل تحت سلطته، ولكن تم حدوث ذلك خارج مكان العمل[[227]](#footnote-228).

وقضت أيضا بعدم وجود خطأ خطير Faute Grave العنف المرتكب من طرف أب العاملة الأجيرة وفي غياب أي فعل ينسب لهذه الأخيرة "العاملة الأجيرة"[[228]](#footnote-229).

كما قضت محكمة النقض الفرنسية[[229]](#footnote-230) دائما بعدم وجود خطأ خطير في قيام المسؤول Le Responsableبالرد على اعتداءات Rependre Aux Coups وجّهها له أحد تابعيه L’un De SesSubordonné.

وفي جانب آخر وبعيدا عن وصف الخطأ الخطير La faute grave، قضت محكمة النقض الفرنسية أنه يعتبر سببا حقيقيا وجديا للتسريح Constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement، قيام العامل الأجير بضرب مرافقته son accompagnant داخل المؤسسة، في الوقت الذي تركت فيه مكان عملها Le moment ou elle quittait son poste[[230]](#footnote-231).

وما تنبغي الإشارة إليه، ومن خلال استطلاع مواقف بعض مجالس القضاء، أنها اعتبرت العنف المعنوي المتمثل في الكلمات النابية والعنيفة التي يتفوه بها العامل، لا تشكل خطأ خطير إلا إذا كانت شتائم injuresأصدرها العامل الأجيراتجاه مسؤوليه، في مكان عام وبحضور مفتش العمل[[231]](#footnote-232).

في حين اعتبرت محكمة النقض الفرنسية[[232]](#footnote-233) عدم وجود خطأ خطير، صدور عبارات من العامل إذا لم يكن في الإمكان اعتبارها دليلا على وجود نية في الاستفزاز أو إحداث البلبلة.

كما اعتبرت محكمة النقض الفرنسية[[233]](#footnote-234) عدم وجود خطأ خطير Faute grave الشتائم ولو كانت من الحجم الكبيرLes insultes grossièresالتي يوجهها العامل لمسؤولهالسلّميSon Responsable Hiérarchique، إذا لم يكن لهذه الشتائم أي نتائج مضرة بالعمل أو بالتأثير على سير المؤسسة.

وفي موقف آخر مشابه أصرت محكمة النقض الفرنسية[[234]](#footnote-235) على موقفها بالقول أن الشتائم التي تمثل خطأ خطيرا هي فقط تلك التي تحدث خللا في السير الحسن للمؤسسة، مهما كانت طبيعة هذه الشتائم.

أما ما يشكل التفوّه به خطأ خطيرا ولو كان في شكل كلمة صغيرة فقط، الكلمات العنصريةLes propos racistes الصادرة من مدير المستخدمين Directeur du personnel بمناسبة أدائه لمهامه[[235]](#footnote-236) و ما يلاحظ على هذا الموقف أنه أصاب في موقفه الرافض للكلمات العنصرية الصادرة في مكان العمل من طرف المسؤول المباشر الذي وضعه صاحب العمل مشرفا على العمال، طالما أن القرار لم يحدد فيما إذا كانت الكلمات العنصرية موجهة لعامل محدد، فمجرد التفوه بها نتيجة ثرثرة أو خطأ في العمل أو مهما كان الداع لذلك، فإنها تشكل خطأ خطيرا،وهذا فيه حماية للعمال الأجانب الدين قد يكونوا متواجدين في مكان العمل الذي تصدر فيه هذه الكلمات العنصرية، ولكن قد لا يتحرك أحدهم لمواجهته اعتبارا من أن هذا المسؤول لم يوجه كلماته العنصرية لواحد من العمال الأجانب محددا بذاته.

غير أننا نرى أنه كان على محكمة النقض الفرنسية وفي هذه المسألة بالضبط "الكلمات العنصرية Propos racistes"، من أن تجعل منها تشكل خطأ جسيماFaute lourde وليس فقط خطأ خطيرا Faute grave، لأن صدور هذه الكلمات العنصرية فيه قصد ونية مبيّتة للوصول إلى هدف معين، وهو الضغط نفسيا على جماعة العمال الأجانب، وربما دفعهم إلى مغادرة المؤسسة والبلادمعا، إذا ما تكرر صدور مثل هذه الكلمات العنصرية من مدير مسؤول وضعه صاحب العمل للإشراف على جماعة العمال.

**5- إذا تسبب عمدا في أضرار مادية تصيب البنايات والمنشآت و الآلات والأدوات والمواد الأولية و الأشياء الأخرىالتي لها علاقة بالعمل:**

ما تتميز به هذه الحالة عن غيرها من الحالات التي ذكرتها المادة 73 أنها لا تتعلق بالمصالح الذاتية لرب العمل فحسب بل تمسّ مجموع المؤسسة.[[236]](#footnote-237)

والفائدة المتوخّاة من ذكر هذه الحالة منفردة عن غيرها من الحالات، له أهميته الخاصة في كون أن إتلاف العامل لأدوات ومواد العمل يتجاوز مصلحة رب العمل إلى الإضرار بمصلحة الاقتصاد الوطني.

إن الإتلاف يجب أن تعرف أسبابه، وفيما إذا كانيتعلق بعدم كفاءة العامل أو إلى إهماله، بحيث يمكن استعمال سلطة صاحب العمل التقديرية في هذا الشأن، والاكتفاء بخصم قيمة التلف من أجره، بدلا من توقيع عقوبة التسريح عليه، خصوصا وأن عرف المهنة قد يسمح بوقوع مثل هذا التلف، كما هو الحال بالنسبة لعمال المقاهي والمطاعم.

ونشير هنا إلى أن هذه الحالة الخاصة بالنسبة للأضرارالمادية التي تصيب البنايات والمنشآت قد ترتبط بالحالة الأولى المتمثلة في رفض العامل بدون عذر مقبول، تنفيذ التعليمات المرتبطة بالتزاماته المهنية، وبمقارنة الحالتين نجد أن كل حالة حملت إبهاما تمثل في عبارة: بدون عذر مقبول بالنسبة للحالة الأولى،وكلمة: عمدا بالنسبة للحالة الخامسة.

فما هو معيار تحديد ما إذا كان العذر الذي قدّمه العامل كافيا لعدم مساءلته عن الرفض الذي واجه به تعليمات رب العمل؟

فهل العذر المقبول يجب أن يكون بعيدا كل البعد عن كونه شخصيا ومرتبطا بمبادئ العامل أو نظرته الثاقبة للأمور، الناجمة عن حرصه الشديد على مصالح المؤسسة، اعتبارا من أنه يحوز على أرقى الدرجات العلمية في الاختصاص الذي يمارسه، والذي لا يمكن لرب العمل مهما بلغت سطوته وتحكّمه في المؤسسة من أن يفرضها على العامل؟

خصوصا إذا كان العامل الأجير هذا وتبعا لمؤهله العلمي ومهارته يعلم يقينا في تلك اللحظة التي توجه له فيها هذه التعليمات أن تنفيذها هو الذي سيلحق بالمؤسسة أضرارا وليس في الامتناع عنها؟.

وفي هذا الصدد نرى ضرورة أن يكون معيار الضرر فيما بعد، الناجم عن عدم تنفيذ التعليمات هو الذي يتم بناءا عليه الإقدام على عملية التسريح مع إلزامية توضيح أن الأمر يتعلق بذوي الرتب العالية في المؤسسة والذين يملكون مؤهلات علمية كافية، تمكّنهم من معرفة ما إذا كان إتباع التعليمات أو الامتناع عنها سينجم عنه مستقبلا ضرر بالمؤسسة.

وتكمن أهمية هذا الاقتراح في كون هؤلاء المؤهلين غالبا ما يسيرون فروعا تابعة للمؤسسة الأم، ويكونون تبعا لذلك على احتكاك دائم بالمؤسسة ومعرفة مشاكلها وما يجب القيام به أو الامتناع عنه خدمة لرب العمل الذي يعطي التعليمات من بعيد دون أن يكون على دراية كافية بالأوضاع.

وبالنسبة لكلمة (عمدا) الواردة في الحالة الخامسة فإن التساؤل يثور أولا حول دوافع المشرّع الجزائري في أنه أفرد هذه الحالة دون غيرها من الحالات، بصفة العمد؟

فلو أنه استعمل العمد في كل الحالات لاتضحت أمور كثيرة، أهمها أن الخطأ الموجب للتسريح لا يمكن أن يكون إلاّ عمديا،وأنّ الأضرار إذا حدثت بدون تعمّد، لا يحتجّ بها رب العمل كسبب للتسريح،وفي هذا تناقض مع مبدأ الثقة المتبادلة التي تشكّل جوهر استمرار علاقة العمل بين الطرفين ، فكيف يمكن لرب العمل أن يحتفظبعامل تسبب في حدوث أضرار جسيمة بالمؤسسة فقط لكونه لم يتعمد ذلك !!

كما يتصادم منطق هذه الحالة، وكلمة العمد الواردة فيها، مع ما توصل إليه قانون العمل المقارن في الاعتداد بوجود سبب حقيقي كدليل كافي للتسريح دون ارتباط بالخطأ العمدي.

و في جانب آخر تتناقض هذه الحالة أيضا، مع كون أن الخطأ حتى يكون خطأ وتعطى له هذه الصفة لا يمكن أن يكون عمديا، وإنما يكون تصرفا لا يعتقد من قام به إمكانية حدوث ضرر.

أما العمد ففي رأينا يجب أن نعطيه وصفالإضرار بالمؤسسةCaractère de nuire à l’entreprise، لأن الذي يحضر عنوةوهو أمام الملأ، ويكسّر زجاج المؤسسة بكامله على خلفية تنزيله من رتبة في العمل أو حدوث تهيج عصبي لديه ناجم عن تأخر بسيط في دفع ما يستحقه من راتب، لا يمكن أن يكون تصرّفا دون نية الإضرارL’intention de Nuire، بل جريمة عمدية لأن الذي له قصد في الإضرار لا ينطبق عليه وصف الخطأ فقط، وإنما وصف التجريم أيضا.

لأن الخاطئ هو من لا يعرف بأن تصرفه يشكل خرقا لواجب أو التزام معين لحظة الإقدام على عمل معين، بينما المتعمّد فهو يعلم لحظة إقدامه على الفعل أن ذلك يشكل خرقا لواجب أو التزام معين لحظة الإقدام على فعل معين، أو أن تصرّفه مجرّم، ومع ذلك يقوم به، دون مبالاة بما سينجرّ عن تصرّفه من أضرار تمس بسلطة رب العمل، أو منشآته.

هذا التفسير الشخصي الذي ارتأينا ذكره بمناسبة هذه الحالة الخامسة إنما دفعنا إليه منطق الجزاء الواقع على الحالات التي تشكل خطأ وهو التسريح دون مهلة ودون علاوات كإفشاء المعلومات والأسرار[[237]](#footnote-238)أو رفض العامل القيام بالتزاماته المهنية ...إلخ، مع كونها غير مصبوغة بوصف العمد، فكان الأجدر بالمشرّع الجزائري على غرار ما فعله المشرّع الفرنسي، أن يعطي للحالة التي رافقها بكلمة العمد، إمكانية أن يطالب رب العمل بناءا عليها العامل المتسبب في تلك الأضرار بالتعويض[[238]](#footnote-239).

**6-إذا رفض تنفيذ أمر التسخير الذي تم تبليغه إليه وفقا لأحكام التشريع المعمول به:**

ولقد جاءت هذه الحالة على صفة العموم، دون أن تكون محددة في ظروف معينة، ممّا يعني معه أن رب العمل يمكنه أن يسخّر العامل الأجير في الظروف العادية التي تسير ضمنها علاقة العمل.

نقول ذلك لأنه بالرجوع إلى الأحكام العامة في تنفيذ التعليمات والالتزامات المهنية يبرز جليا أن العامل ملزم بأداء ما كلّفه به رب العمل وفقا لمقتضيات العقد المبرم بينهما، وما تفرضه قواعد قانون العمل من ضرورة أن يقوم العامل بتأدية واجباته بأقصى ما يملك من قدرات، وأن ينفذ التعليمات التي تصدرها السلطة السلمية التي يعينها المستخدم أثناء ممارسته العادية لسلطاته في الإدارة[[239]](#footnote-240).

فيعني هذا أن رب العمل لا حاجة له في إصدار أوامر لتسخير العامل لأداء عمل معين، طالما أن الأمور تسير وفق ما هو متفق عليه، وطبقا لما تقتضيه القوانين والأنظمة الداخلية والاتفاقيات الجماعية.

فهل لرب العمل إذا لاحظ ظروفا طارئة تمر بها المؤسسة، كتزايد الطلب على سلعها بشكل مفاجئ وبصفة مرتفعة بشكل لاتتمكن معه مجموعة العمال من مواجهة الطلبات المتزايدة، من أن يسخّر مجموعة من العمال للعمل إلى ساعة متأخرة أو تشغليهم يوم راحة واحد في الشهر مع تعويضهم عن ذلك؟ بمعنى آخر هل التسخير مرتبط بظروف الإضراب فقط؟.

مشروعية طرح هاذين السؤالين، أملتهما أن الحالة هذه التي ذكرها المشرّع الجزائري الخاصة بالتسخير يمكن أن تشمل ظروف أخرى، غير تلك المرتبطة بممارسة حق الإضراب، في حين وبالرجوع إلى قانون 90/02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، نجده ينص في المادة 41 ضمن القسم المخصص للتسخير، أنه يمكن أن يؤمر بتسخير العمال المضربين الذين يشغلون الهيئات أو الإدارات العمومية أو المؤسسات، أو مناصب عمل ضرورية لأمن الأشخاص والمنشآت والأملاك لضمان استمرار المصالح العمومية الأساسية في توفير الحاجيات الحيوية للبلاد، أو الذين يمارسون أنشطة لازمة لتمويل السكان.

وأضافت المادة 42 من نص القانون 90/02 بأنه يعد عدم الامتثال لأمر التسخير خطأ جسيما دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في القانون الجزائي.

فوجود نص المادة 42 في القانون المنظم للإضراب، يدفع إلى الاعتقاد بأن مخالفة أمر التسخير، التي ترقى إلى درجة الخطأ الجسيم، لن تكون إلا بمناسبة الإضراب، والدليل على ذلك أن الحالات الأخرى التي ذكرتها المادة 73 من قانون90/11 المشكلة لخطأ جسيم، لم يتم الحديث عنها في قوانين أخرى، ما عدا حالة قيام العامل بأعمالعنف.

فلقد نصت المادة 34 من قانون 90/02 المنظم للإضراب على: "يعاقب القانون على عرقلة حرية العمل،ويعد عرقلة لحرية العمل كل فعل من شأنه أن يمنع العامل أو المستخدم أو ممثليه من الالتحاق بمكان عملهم المعتاد، أو يمنعهم من استئناف ممارسة نشاطهم المهني، أو من مواصلته،بالتهديد أو المناورات الاحتيالية أو العنف أو الاعتداء".

فالعنف هنا وخلافا لكونه قد يرتكب في النشاط العادي للعامل قد يرتكب بصفة خاصة عند تعارض مصالح العامل المضرب مع مصالح العامل الغير مضرب، فينشأ بينهما صراع حول احتلال الأماكن، أو حول عبارات سب و شتم يتعرض لها العامل الغير مضرب، مما يؤدي إلى شجار عنيف بينهما.

وليس لرب العمل هنا أو في الظروف العادية لعلاقة العمل من دخل أو تأثير في حالة العنف كحالة مشكلة لخطأ جسيم.

بينما في التسخير وكما قلنا، يمكن أن يكون رب العمل في حاجة ماسة إلى تسخير بعض العمال حتى ولو لم تكن هناك حالة إضراب، ككثرة الطلب على منتجاته أو اقتراب نهاية السنة الميلادية وما تفرضه من ضرورة مواجهة الطلبات الزائدة لبعض المنتجات.

نخلص إلى القول في الأخير، أنه كان على المشرّع الجزائري أن لا يذكر الحالات المشكلة لخطأ جسيم ضمن المادة 73 من قانون 90/11 مادام أنه نظّمها و نصّ عليها في قوانين أخرى تعالج وضعية غير عادية لعلاقة العمل، وهي وضعية الإضراب.

فهناك حالات أخرى لم يذكرها كأمثلة للخطأ الجسيم، قد ذكرها المشرّع المصري مثلا كحالة الالتزام بعدم المنافسة Clause de non concurrence أو عدم إفشاء أسرار العمل[[240]](#footnote-241) .

كما لم يبين قانون 90/02 المنظم للإضراب من له صلاحية الأمر بتسخير العمال المضربين، بعكس المشرّع الفرنسي الذي أعطى بقانون 18 مارس 2003 صلاحية الأمر بتسخير العمال المضربين، إلى رئيس الجهة الإدارية Préfet de département التي توجد فيها مؤسسة صحية تشهد إضرابا، حتى ولو كانت خاصةUn établissement de santé même privé ، وذلك لضمان تأطير كافي للتكفل بالمرضى والاستمرار في تقديم العناية الطبية لهم.

ولكن يجب على رئيس الجهة الإدارية أن يتخذ فقط الإجراءات التي تفرضها الحالة الإستعجالية L’état d’urgence والضرورية لحفظ النظام العام الذي تشكل الصحة العمومية نسبة كبيرة منه.

فمثلا لا يمكن لرئيس الجهة الإدارية هذه، وبمناسبة إضراب في مؤسسة صحية، أن يأمر بتسخير كل القابلات Les sages femmes التابعات لعيادة معينة، بغية تحقيق نشاط كامل Activité complète لهذه المصحة دون تحويل نشاطها اتجاه عيادات أخرى، أو تقليص هذا النشاط، أو دون البحث فيما إذا كانت حاجيات المواطنين لهذه الخدمة لا يمكن تحقيقها دون اللجوء للتسخير الكامل للقابلات، بالنظر إلى الطاقات المتوفرة في كامل الإقليم الإداري الذي يتحكم فيه رئيس هذه الجهة Le préfet[[241]](#footnote-242) .

ولقد كان لموقف المشرّع الفرنسي بقانون 18 مارس 2003 تطورا مهما في محاولة لترسيخ حق الإضراب المنصوص عليه في ديباجية دستور 1946.

وهدا القانون الفرنسي هو محاولة لمسايرة ما توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها مؤرخ في 25/02/2003[[242]](#footnote-243)، اعتبرت فيه أن السلطات الممنوحة للقاضي الإستعجالي Les pouvoirs attribués au juge des référés فيما يخص الضرر المحدق Dommage imminent الناجم عن ممارسة حق الإضراب، لايعني إعطائه سلطة الأمر بتسخير العمال المضربين .

فكان أن توصلت محكمة النقض الفرنسية، إلى أن المجلس القضائي La cour d’appel قد خرق المادة 7 من ديباجية دستور 27/10/1946 و المادة 809 من قانون الإجراءات المدنية الجديد NCPC ، عندما أيّد أمرا إستعجاليا قضى بتسخير عمال يشتغلون في مصحة تستقبل كبارا في السن، بالعمل على ضمان خدمة ليلية بتوقيت يحدّده رب العمل، بالرغم من وجودهم في حالة إضراب، وذلك حسب اقتناع قاضي الأمور المستعجلة، لتفادي ضرر محدق[[243]](#footnote-244).

وما نراه من جانبنا، كنقد نوجهه للمشرع الفرنسي، أنه اقتصر في قانون 18/03/2003 المنظم للتسخير على الميدان الصحي، دون غيره من الميادين الأخرى التي لا تقل خطورة، والتي قد تدفع في بعض الأحيان إلى ضرورة اتخاذ أمر التسخير، كحالة النقل العمومي مثلا الذي يؤدي عدم ضمانه أو ضمان جزء ضروري منه إلى حدوث أضرار كبيرة للاقتصاد الوطني، ويشكل بالتالي مساسا بالنظام العام.

**7- إذا تناول العامل أثناء العمل مادة مسكّرة أو مخدّرة جاز لرب العمل فصله:**

ويعني أن يقوم بتناول هذه المواد داخل أماكن العمل حسب منطق المشرّع الجزائري، فلو تناولها خارج أماكن العمل فإنه لا يحق لرب العمل القيام بفصله بالرغم من ظهور علامات تأثره بهذه المادة المسّكرة أو المخدّرة .

وهذا الموقف يختلف مع ما فعله المشرّع المصري عندما نص في المادة 69 من قانون العمل المصري على "... وجود العامل في حالة سكر بيّن أو تخدّر".

فيكفي أن يظهر السكر البين أو التخدر على العامل في أثناء العمل، بحيث يكون ذلك مبررا لفصل العامل وبغض النظر أن يكون العامل قد تناول المادة المسكرة أو المخدرة قبل ساعات العمل وخارج مكان العمل، مادام تأثيرها قد ظهر عليه في مكان العمل وأثناء ساعات العمل[[244]](#footnote-245).

وتبرير منطق المشرّع المصري يكمن في أن إقدام العامل على هذا الفعل ووجوده في حالة سكر بيّن أو متأثرا بما تعاطاه من مواد مخدرة أثناء العمل من شأنه أن يؤثر على أداء العمل زيادة عن كونه يشكل خطرا على سمعة المؤسسة وحسن سير العمل بها.

ولعل المشرّع الجزائري مدعو إلى تعديل هذه الحالة، بإعادة صياغتها إلى عبارة وجود العامل في حالة سكر أو تخدير أثناء ساعات العمل، دون الاعتداد بضرورة أن يتم تناول هذه المواد داخل أماكن العمل.

فزيادة على كون أن تناول المشروبات الكحولية لازال في المجتمعات الإسلامية يشكل خروجا عن الأخلاق والقيم، ممّا يدفع كل من يحاول تناوله إلى إخفاء ذلك عن عيون أفراد المجتمع، وعن زملائه في العمل قدر المستطاع لتجنب فقد ثقتهم فيه ونظرتهم، فإن المادة المخدرة أو ما يعرف بالحشيش هي جريمة ليس فقط عند تناولها بل مجرد التعامل بشأنها، بأن يشتريها أو تهدى له، أو تترك عنده، أو تضبط عنده، أو يروّج لها أو يتاجر بها، تعتبر أيضا جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات الجزائري، فهل مع هذا، يمكن أن نتصور إقدام العامل على إخراج مادة مخدّرة، لتناولها داخل المؤسسة أثناء فترة العمل؟

هذا التساؤل يدفع إلى ضرورة أن تكون العبرة بوجود العامل مسكرا أو مخدرا أثناء فترة العمل، دون البحث عمّا إذا تناول المشروب أو الحشيش ساعات عديدة قبل دخوله إلى المؤسسة، أو بعد دخوله إليها، أو ساعات قبل البدء الفعلي لعمله Le début effectif de son travail، بالرغم من تواجده بالمؤسسة[[245]](#footnote-246).

وأما الحالات التي وجب على المشرّع الجزائري ذكرها في المادة 73 من قانون 90/11، فإنه وبعد أن استعرضنا بالتفصيل الحالات التي ذكرها المشرّع الجزائري في المادة 73 من قانون 90/11، وجب علينا بعد الإطّلاع على القانونين المصري والفرنسي، أن نذكر بعض الحالات التي كان لابد على المشرّع الجزائري ذكرها في المادة 73 لأهميتها وشيوع وقوعها في الحياة العملية للعمال الأجراء.

ولعل تنبيه المشرّع الجزائري إلى الحالات التي سنذكرها لاحقا، إنما يرجع إلى كون قانون العمل الجزائري ليس عريقا في اتجاهاته التعاقدية، أو فلسفته الرأسمالية، لأنه كان يتبع النظام الاشتراكي،ولذلك أصدر تشريعات تتناسب مع ذلك النظام، كالقانون الأساسي العام للعامل سنة 1978.

ومن ثم يمكن أن يشكل عدم ذكر حالات هامة بنص قانوني، إنقاصا من قيمتها، وبالتالي قد تؤدي إلى فقدان ثقة رب العمل، وإقدامه على تسريح العاملالأجير إهمالا للتدقيق في ما يجب على رب العمل أن يسلكه في مواجهة أخطاء العامل.

كما يرجع تنبيهنا للمشرّع الجزائري بضرورة ذكر هذه الحالات أنه وجدت هذه الحالات في القانون الفرنسي للعمل كأكثر القوانينعراقةوخصوصا في موضوع التسريح.

وأخيرا كان السبب عمليا، ناجما عن تذبذب موقف المحكمة العليا،بحيث قضت بموجب قرار صادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 08/12/1993[[246]](#footnote-247) بأن الأخطاء التي تؤدي إلى التسريح التأديبي هي تلك المنصوص عليها في النظام الداخلي للمؤسسة.

ثم وبمناسبة قرار مؤرخ في 10/02/1998[[247]](#footnote-248)، قضى بأن عدم الامتثال لعملية التفتيش عند الخروج، هو خطأ من الدرجة الثالثة، ينص عليه النظام الداخلي للمؤسسة، ولا يؤدي إلى التسريح.

لتستقر أخيرا و بمناسبة قرار مؤرخ لها في 15/12/2004[[248]](#footnote-249)، بأن الأخطاء الجسيمة المذكورة في المادة 73 من القانون 90/11 غير محددة على سبيل الحصر، وتؤكد عبارة "على الخصوص" الواردة في المادة، وجود أخطاء جسيمة أخرى، يحددها النظام الداخلي[[249]](#footnote-250).

وفي هذا الصدد نوجه انتقادا لموقف المحكمة العليا الأخير ليس لكونها تخلت عن مبدأ الحصر الذي كانت تتبناه بشأن المادة 73 واعتناقها لفكرة ورود هذه الأخطاء على سبيل المثال، وإنما لكون أن موقفها هذا ليس معززا بثقافة التفاوض في سوق العمل الجزائري وبالتالي قد يؤدي إلى العودة إلى ما أعطاه المشرّع الجزائري بمناسبة قانون 90/11 من أحقية أرباب العمل في تكييف ما يرونه سببا للتسريح وتضمينه في النظام الداخلي حتى و إن كان تعسفا من طرفهم.

هذا إذا ما تغاضينا على كون المحكمة العليا حمّلت النص القانوني للمادة 73 أكثر مما يحتمل ذلك أنها عللت موقفها بكون أن الحالات هي على سبيل المثال بدافع أن المادة 77 الفقرة 2 تحدد الأخطاء المهنية و درجة العقوبات المناسبة.

فهل الخطأ الجسيم يتم تحديده في النظام الداخلي قبل ارتكاب أي عامل لخطأ جسيم؟ ثم هل المادة 73 مكرر1 التي تفرض ضرورة ملاحظة الظروف التي ارتكب فيها الخطأ ومدى اتساعه والضرر الذي لحق بالمؤسسة، تعطينا إمكانية أن نتوقع كل حالات الخطأ ونتوقع مختلف الظروف ومختلف حالات اتساع الخطأ والصور المختلفة للضرر لتدوينها في النظام الداخلي؟

إن ما يؤكد تساؤلاتنا هذه أن نص المادة 73 مكرر1 يفرض التكيف والأخذ بعين الاعتبار للظروف التي ارتكب فيها الخطأ لحظة ارتكابه وليس قبل ذلك.

وهذا طبعا عندما تتكون لدى رب العمل فكرة الإقدام على التسريح ومراسلة العامل وذكر التجاوزات التي ارتكبها وإعلامه بالتالي بدرجة الخطأ الذي ارتكبه.

فهو إن كان كثير الغياب رغم التحذيرات العديدة كتجاوزه لمدة شهرين غياب عن العمل متقطعة، يجعل من الغياب الأخير الذي نجم عنه تعطل إبرام صفقة مهمة للمؤسسة، بمثابة خطأ جسيم، بعكس العامل الذي لم يسبق له الغياب إطلاقا، وحدث أن تغيب ليوم واحد تصادف مع حضور مسؤول مهم بغية إبرام عقد مربح للمؤسسة.

وعلى هذا الأساس نرى من جانبنا أن موقف المحكمة العليا بمناسبة قرار 15/12/2004 سيتغير لا محالة، لتصحيح ما قد يؤول خطأ أنه إطلاق لسلطة رب العمل في تحديد الأخطاء الجسيمة.

إذن، نأمل أن ينهي المشرّع الجزائري بمناسبة تعديلات ترد على هذه المادة مستقبلا، ما طرحته من تناقضات وتفسيرات عديدة عن طريق حذف مصطلح على الخصوص، مع ذكر الحالات الأساسية للتسريح التي دأبت التشريعات المقارنة على تعدادها، مع ضرورة أخذ موقف صريح من إمكانية تضمين النظام الداخلي لأخطاء جسيمة أخرى يترك شأن تحديدها لرب العمل.

**الفرع الثالث: الحالات الواجب تأكيدها في قانون العمل الجزائري.**

وأما الحالات المهمة في نظرنا التي لم يتم التّأكيد عليها، ضمن المادة 73 من قانون 90/11 فهي :

**1- حالة انتحال العامل لشخصية غير صحيحة أو تقديم وثائق مزورة:**

ويقصد بانتحال العامل شخصية غير صحيحة، إيهام صاحب العمل بأن العامل هو الشخص الذي تتوافر فيه الشروط والصفات المطلوبة للقيام بالعمل، أو بأنه شخص آخر.

ويقصد بتقديم مستندات مزوّرة، إيهام صاحب العمل بأن العامل ذو خبرة ويحمل مؤهلات معينة، حيث يقدم صاحب العمل على التعاقد تحت تأثير هذا الوهم.

وهذه الحالة، تعني استخدام العامل طرقا احتيالية لحمل صاحب العمل على التعاقد فهي إذن صورة من صور التدليس التي تعيب الرضا وتجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة رب العمل وفقا لأحكام القانون المدني.

ولكن المشرّع المصري رغبة منه في التسهيل على صاحب العمل وتجنيبه مشقة اللجوء إلى القضاء، أجاز له فصل العامل وإنهاء العقد بإرادته المنفردة.

ولا يشترط لتوقيع الفصل في هذه الحالة أن يكون هذا الفعل الذي قام به العامل معاقب عليه جنائيا، وإن كان الغالب أن يكون مجرما جزائيا كما لا يفرض على رب العمل أن يبلغ الشرطة أو النيابة عن هذا الفعل.

ومن الأمثلة التي يمكن أن تشهدها سوق العمل،إمكانيةإبطال عقد العمل الذي توصل إلى إبرامه حدث دون السن الأدنى المقرر للعمل بناءا على انتحاله إسما مزورا،أو جواز فصل العامل إذا انتحل شخصية مهندس أو أخفى واقعة طرده من الخدمة العسكرية، لارتكابه جرائم معينة خلال تلك الفترة.

**2- حالة الغياب بدون سبب مشروع :**

نص المشرّع المصري على أن لصاحب العمل الحق في فسخ عقد العمل إذا تغيب العامل بدون سبب مشروع أكثر من عشرين يوما خلال السنة الواحدة أو أكثر من عشرة أيام متتالية، على أن يسبق الفصل إنذار كتابي من صاحب العمل للعامل بعد غيابه عشرة أيام في الحالة الأولى،وانقطاعه خمسة أيام في الحالة الثانية "المادة 69/3" و واضح من خلال نص هذه المادة أن شروط تطبيق هذه الحالة تتمثل في :

*أولا :* تجاوز فترة الغياب مدة معينة .

فيشترط لتوافر أركان هذه الحالة أن تزيد مدة الغياب عن عشرة أيام متتالية، أو عشرين يوما متقطعة خلال السنة الواحدة.

ويلاحظ أن المشرّع المصري فرّق من حيث المدة، بين الغياب المتتالي والغياب المتقطع، فلا يحق لصاحب العمل فصل العامل، إلا بعد تجاوز المدة المشار إليها، وبالنسبة لقواعد حساب مدة الغياب يختلف الأمر في الغياب المتقطع عنه في الغياب المتتالي.

فالغياب المتقطّع لمدة تزيد على عشرين يوما يشترط أن تقع كلها خلال سنة واحدة وقد تتار صعوبات في تحديد مفهوم السنة الواحدة، والراجح أنها سنة كاملة تبدأ من تاريخ التحاق العامل بالعمل أي هي سنة خدمة Une année de travail.

والدليل على ذلك أن العمل لسنة ميلادية كمعيار لاحتساب هذه الحالة قد يمكّن العامل من التحايل والغياب دون سبب مشروع أكثر من الحد المسموح به، بتوزيع غيابه على سنتين ميلاديتين، كأن يغيب مدة 16 يوما في شهر سبتمبر2006، ويغيب20 يوما في فبراير2007، فهنا لا يعاقب على هذا الغياب،لأنه غياب حدث في سنتين ميلاديتين مختلفتين.

في حين لو أن الحساب يبدأ من يوم توقيعه على سجل الالتحاق بالعمل للسنة الجديدة، وليكن مثلا في شهر سبتمبر2006، فإن سنته الفعلية بالعمل لا تنتهي إلا في سبتمبر2007، ولا يحق له خلالها التغيب أكثر من20 يوما.

وأما بالنسبة للغياب المتتالي، فإن المشرّع المصري استخدم لفظ عشرة أيام متتالية، ولم يستخدم عبارة عشرة أيام متصلة، فيفهم من ذلك أنه عند حساب أيام الغياب المتتالية، لا تدخل سوى أيام العمل، فإذا تخلّل مدة الغياب يوم إجازة رسمية أو يوم راحة، فإنه لا يحسب ضمن الأيام العشرة سواء كان يوم العطلة أو الراحة مأجورا أم غير مأجور.

وبناءا عليه فإن غياب العامل لمدة إحدى عشرة يوما متصلة يتخلّلها يوم راحة أسبوعية، يعتبر غيابا لمدة عشرة أيام فقط، وبالتالي لا يجوز فصل العامل، حيث تطلب المشرّع أن تكون المدة أكثر من عشر أيام متتالية[[250]](#footnote-251).

*ثانيا:* أن يكون غياب العامل بدون سبب مشروع:

المشرّع المصري لم يعرّف الغياب المشروع، فعرّفته محكمة النقض المصرية بأنه" الغياب الذي يقع بإذن سابق من صاحب العمل".

ولكن تعريف محكمة النقض المصرية على هذا الشكل، لا يعني بالضرورة أن يكون كل غياب بدون إذن صاحب العمل "غيابا غير مشروع"، ذلك أن رب العمل قد لا يأذن بالغياب، ومع ذلك يظل الغياب بسبب مشروع مرده عذر أو مانع قهري دفع العامل إلى الانقطاع.

ولا يشترط أن يرقى هذا المانع إلى مرتبة القوة القاهرة La force majeur بل يكفي فيه أن يمنع دون حضور العامل إلى مقر عمله[[251]](#footnote-252).

وعموما، فإنّ البحث في مشروعية سبب الغياب، أو عدم مشروعيته، من المسائل الموضوعية، التي يتعيّن على القاضي، أن يقيس مسلك العامل فيها، بمسلك الشخص المعتاد في نفس ظروف العامل، وأن يحدّد فيما إذا كان صاحب العمل قد تعسف في فصل العامل أو لم يتعسف، بملاحظة الظروف والملابسات التي كانت محيطة به، وقت فسخ العقد، لا بعده[[252]](#footnote-253).

ولقد اعتبر الفقه الفرنسي[[253]](#footnote-254)،أنّ الغياب بسبب الإضراب المشروع مشروعا ولا مساءلة فيه للعامل، أما أن يترك العامل المؤسسة من تلقاء نفسه بدعوى عدم وجود عمل مع قيام صاحب العمل بالوفاء بالتزاماته فإنه يعتبر غيابا غير مشروع.

وبالنسبة للقضاء المصري،[[254]](#footnote-255) فإنه اعتبر، أن الغياب يكون مشروعا، إذا كان لمرض العامل، أو تردّده على الأطباء والمستشفيات للعلاج، أواعتقاله، أو حبسه لدين النفقة، أو تغيبه بسبب التجنيد للخدمة الوطنية.

ويلاحظ أخيرا أن مجرد كون العامل قد قصد من غيابه تحقيق غرض مشروع لا يكفي لإطلاق وصف المشروعية على سبب الغياب،وعلى ذلك فإذا تغيب العامل لزيارة مريض أو توديع مسافر بدون إذن من صاحب العمل يعتبر غيابا بدون سبب مشروع، ويجيز لصاحب العمل فصله، إذ ليس ثمة قوة قاهرة أو حالة ضرورة أو خطأ من صاحب العمل يبرر هذا الغياب[[255]](#footnote-256).

إن ما ينبغي استخلاصه، بمقارنة الحالات التي ذكرها المشرّع المصري، ولم يذكرها المشرّع الجزائري،أن ذلك مردّه الواقع الاقتصادي لكل بلد، والظروف التي يمر بها[[256]](#footnote-257)،و أيضا مدى تحوّله إلى اقتصاد السوق، ونسبة الخوصصة، التي يؤدي نجاحها إلى الوصول إلى نسبة متقدمة في مجال العودة إلى أحقية رب العمل في ممارسة سلطاته كاملة، ومنها على الخصوص سلطة التأديب، التي يتمكّن من ممارستها دون تضييق، خصوصا إذا ما تعلق الأمر بظاهرة تضر الاقتصاد الجزائري كثيرا، وهي حالة الغياب المتكرر بدون سبب مشروع.

**الفرع الرابع: الأخطاء المعاقب عليها جزائيا ذات العلاقة بالعمل داخل المؤسسة.**

تنص المادة 73/ف2 من قانون 90/11 المعدل والمتمم على "... وعلاوة على الأخطاء الجسيمة التي يعاقب عليها التشريع الجزائي والتي ترتكب أثناء العمل، تعتبر على الخصوص أخطاء جسيمة، يحتمل أن ينجرّ عنها التسريح بدون مهلة العطلة، وبدون علاوات، الأفعال الآتية...".

فبقراءة هذه المادة، يتضح أن الأخطاء الجسيمة المعاقب عليها في التشريع الجزائي، هي التي ترتكب أثناء قيام العامل بتأدية عمله، وخارج نطاق العمل فإن الأمر يتحول إلى البحث، فيما إذا كانت العقوبة ستؤثر على العلاقة بين رب العمل والعامل والثقة التي ترسّخت بينهما.

ومن أهم الأخطاء المعاقب عليها جزائيا ويحدث ارتكابها أثناء العمل مايلي:

**1- جريمة السرقة:**

جريمة السرقة هي من جرائم الاعتداء على الأموال التي تهدف إلى استيلاء الجاني على المال المسروق[[257]](#footnote-258).

وقد تطرق المشرّع الجزائري شأنه في ذلك، شأن كافة التشريعات الأخرى، إلى تعريف جريمة السرقة، فقد نصت المادة 350 من قانون العقوبات على ما يلي "كل من اختلس شيئا غير مملوك له، يعد سارقا، ويعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر، وبغرامة من 500 إلى 20.000 دج".

كما نص المشرّع المصري في المادة311من قانون العقوبات على "كل من اختلس منقولا مملوكا لغيره فهو سارق".

ونص المشرّع الفرنسي في المادة 311/ف1 من قانون العقوبات الفرنسي على أنه "كل من اختلس شيئا مملوكا للغير فهو سارق".

وترى الدكتورة هدى قشقوش[[258]](#footnote-259)، أن كلمة شيء، أدق من كلمة مال التي استقرّ عليها الفقه المصري[[259]](#footnote-260)، لأن معنى الشيء أنه ذو كيان مادي أو معنوي، ولا يشترط أن يكون مالا ماديا، كذلك تعبير الشيء أعم وأشمل وأدق، وتسمح بشمول أشياء لا تتمتع بالصفة المادية كالتيار الكهربائي وبرامج الكمبيوتر المرئية.

وأما ما يرتبط بالعمل داخل المؤسسة من أشياء يمكن سرقتها فيمكن أن نعدّدها بحسب ما يلي:

**أ- سرقة السلع التابعة للمؤسسة:**

قد يقوم العامل الأجير، بسرقة بعض السلع التي تعرضها المؤسسة التي يشتغل لحسابها، بغية استعمالها لأغراضه الشخصية، كأن يكون الإنتاج متعلقا بمواد استهلاكية، فيقوم بأخذ ما يحتاجه هو وعائلته، دون إذن من رب العمل، ودون وجه حق، فيكون قد ارتكب خطأ جسيما معاقب عليه بالتشريع الجزائي.

أو أن تكون المؤسسة تنتج قطع غيار السيارات فيأخذ بعضا منها ويعيد بيعها في السوق المعدة لذلك، أو أن يسرق قطع الغيار التي تم نزعها من شاحنات معطلّة، بغية إصلاحها لاحقا، فيقوم بالاستحواذ عليها وبيعها.

**ب- سرقة التيار الكهربائي وخط الهاتف:**

ويشكل خطأ جسيما يعاقب عليه التشريع الجزائي، قيام العامل الأجير باستعمال التيار الكهربائي استعمالا مكثفا ومتكرّرا لأغراضه الشخصية، كأن يشغّل آلة من الآلات الالكترونية احضرها للمؤسسة خارج أوقات العمل، والاستفادة من خدماتها، لعلمه أنها من الآلات التي تتطلب غزارة كهربائية،فترتفع نسبة الاستهلاك بشكل مضر برب العمل، الذي يجد نفسه أمام فاتورة غير مبرّرة، بخصوص استهلاك كهربائي غير معلن.

أو أن يقوم العامل الأجير بالاستعمال غير المشروع لخط الهاتف وبعيدا عن حاجة المؤسسة، فيعد مرتكبا لخطأ جسيم معاقب عليه جزائيا بحكم أن المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري تنص على سرقة شيء، وكلمة شيء تدل على كل شيء مقوم للتملك وللحيازة وللنقل من مكان لآخر[[260]](#footnote-261).

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية[[261]](#footnote-262) على إمكانية سرقة الخط الكهربائي وكذلك خط الهاتف وإن لم يكن مالا عاديا ملموسا ولكن رغم ذلك قابل للحيازة والانتقال على أساس انتقال الطاقة.

**2- جريمة الرشوة:**

تطرق قانون العقوبات الجزائري لجريمة الرشوة في القسم الثاني من الفصل الرابع المتعلق بالرشوة واستغلال النفوذ في المادة 40 من القانون رقم 06/01 المؤرخ في 20-02-2006، وهو النص القانوني الأكثر تعلّقا بالرشوة في القطاع الخاص بحيث نصّت هذه المادة 40 على مايلي: "يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى خمس (05) سنوات وبغرامة من 50.000دج إلى 500.000دج:

1. كل شخص وعد أو عرض أو منح، بشكل مباشر أو غير مباشر، مزية غير مستحقة على أي شخص يدير كيانا تابعا للقطاع الخاص، أو يعمل لديه بأية صفة كانت، سواء لصالح الشخص نفسه أو لصالح شخص آخر، لكي يقوم بأداء عمل أو الإمتناع عن أداء عمل ما، ممّا يشكل إخلالا بواجباته.
2. كل شخص يدير كيانا تابعا للقطاع الخاص أو يعمل لديه بأية صفة، يطلب أو يقبل بشكل مباشر أو غير مباشر، مزية غير مستحقة سواء لنفسه أو لصالح شخص آخر أو كيان لكي يقوم بأداء عمل أو الإمتناع عن أداء عمل ما، ممّا يشكل إخلالا بواجباته "[[262]](#footnote-263).

فيتضح أن المشرّع الجزائري بسط حمايته على المصالح الخاصة، إذ اعتبر أن لها أسرارها و أسلوبها الخاص في العمل و أن الواجب يقتضي أن يقوم الأجير بعمله، دون المتاجرة فيه، على نحو لا يرضي مخدومه[[263]](#footnote-264).

نخلص إلى أن جريمة الرشوة يمكن حدوثهـا في المؤسسات الخاصة، كطائفة ثانية نـص عليها المشرّع الجزائري، ولا يجب الاعتقاد بان الرشوة تنطبق على الموظف فقط، ومن ثم يمكن أن يرتكبها العامل ويعد مرتكبا لخطأ جسيم يعاقب عليه التشريع الجزائي، وبالتالي مبرّرا كافيا لتسريحه تأديبيا.

**3-جريمة الغش المعلوماتي:**

وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 394 مكرر إلى المادة 394 مكرر7[[264]](#footnote-265)، ويأخذ الغش المعلوماتي في قانون العقوبات الجزائري صورتين أساسيتين:

- الدخول في منظومة معلوماتية Introduction dans un système informatique.

- المساس بمنظومة معلوماتية Atteintes au système informatique.

كما تضمن قانون العقوبات صورا أخرى للغش، في حين ابقي خارج دائرة التجريم بعض الأفعال منها:

- المساس بحقوق الأشخاص عن طريق المعلوماتية ومنها: جمع المعلومات حول شخص، المعالجة المعلوماتية Informatisation للمعلومات التي تمّ جمعها، تحويل المعلومات الاسمية عن قصدها.

- تزوير الوثائق المعالجة إعلاميا، كبطاقات القرض، والتي لا تشملها جريمة التزوير كما هي معرّفة.

**أولا: الدخول في منظومة معلوماتية.** ويشمل فعلين وهما:

**أ-الدخول:**

تتسع هذه العبارة على إطلاقها لتشمل كل فنيات الدخول الاحتيالي في منظومة محمية كانت أو غير محمية، كما تشمل استعمال من لا حق له في ذلك مفتاح دخول في منظومة معلوماتية.

**ب-البقاء:**

ويتسع ليشمل البقاء بعد الدخول الشرعي، أكثر من الوقت المحدّد، وذلك بغية عدم أداء أتاوة[[265]](#footnote-266).

**ثانيا: المساس بمنظومة معلوماتية.**

وفي هذا الصدد، تتحدث المادة 394 مكرر1 من قانون العقوبات عن كل من ادخل بطريق الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية، أو أزال، أو عدّل، بطريق الغش، المعطيات التي يتضمنها، وعلى ذلك بأخذ الفعل المجرّم، صورتين:

- إدخال المعطيات في نظام المعالجة الآلية، غريبة عنه.

- تخريب "إفساد" المعطيات التي يتضمنها نظام المعالجة الآلية.

ويهدف المشرّع من وراء النص على هذه الجريمة في صورتين، إلى حماية المعطيات أو المعلومات ذاتها.

فمن خلال ما تقدّم، نرى أن المهندس في الإعلام الآلي، الذي يعمل لدى مستخذ معين، يجب عليه الالتزام بالاستعمال الشرعي لأجهزة الكمبيوتر التي توضع تحت تصرّفه.

وإذا حدث وإن ارتكب إحدى الأفعال المنصوص عليها قانونا، كنص المادة 394 مكرر 2 التي نصت على أعمال أخرى مجرّمة، كتصميم، أو بحث، أو تجميع، أو توفير، أو نشر، أو الاتجار، في معطيات مخزّنة أو معالجة أو مرسلة عن طريق منظومة معلوماتية يمكن أن ترتكب بها إحدى جرائم الغش المعلوماتي، سالفة الذكر[[266]](#footnote-267)، فان ذلك ينجم عنه وجود خطأ جزائي يبيح التسريح تأديبيا دون مهلة الإخطار، ودون تعويض.

**4-جريمة التحرش الجنسي:**

وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 341 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، ولم يكن هذا الفعل مجرّما، إلى غاية تعديل قانون العقوبات بموجب القانون رقم 04/15 المؤرخ في 10/11/2004.

وإذا كان قانون العقوبات، إلى غاية تعديله سنة 2004 يضمن للمرأة، الحماية من الاعتداءات الجنسية، من خلال تجريمه الفعل المخل بالحياء والاغتصاب، فان تلك الحماية مقصورة على الاعتداءات الجسدية، التي تتطلب اتصالا جسديا بالضحية، في حين لا يشترط في التحرش الجنسي اتصالا جسديا، وإنّما يأخذ شكل ابتزاز ومساومة على ترقية أو نقل، أو حتى الفصل من العمل، بحيث لا يمكن للضحية تجنّب الضرر، إلا بالنّزول عند طلبات المعني والاستجابة لرغباته الجنسية[[267]](#footnote-268).

وحسب القانون الجزائري، فانه لا يمكن تصور هذه الجريمة إلا في إطار علاقة تبعية، أي علاقة رئيس بمرؤوسه قائمة بين الجاني والمجني عليه إذ تشترط المادة 341 مكرر أن يكون الجاني "شخص يستغل وظيفته أو مهنته" ومن ثم يفلت من التجريم ما يصدر عن زميل في العمل، أو عن زبون لدىالمؤسسة[[268]](#footnote-269).

وعبارة وظيفة على شمولها تتسع لكل الأنشطة بصرف النظر عن إطارها، فقد تكون الإدارة أو المؤسسات أو الجمعيات بل وحتى مؤسسات الترفيه، أو الجمعيات الخيرية.

أما المهنية، فيقصد بها على وجه الخصوص، الوظائف المنظمة، مثل الطب والقضاء والمحاماة والهندسة والفلاحة و الصناعة و التجارة...الخ[[269]](#footnote-270).

وتجدر الإشارة إلى أن المشرّع الفرنسي، و منذ تعديله قانون العقوبات بموجب قانون 17/01/2002 لم يعد يشترط علاقة رئيس بمرؤوس بين الجاني والمجني عليه.

كما لم يعد يشترط أن يكون المتحرش جنسيا يستغل سلطة وظيفته أو مهنته، وتبعا لذلك، تقوم الجريمة، ولو صدر التحرش عن زميل في العمل أو من احد زبائن المؤسسة.

**5-جريمة الهدم و التخريب:**

نص قانون العقوبات الجزائري في المادة 406[[270]](#footnote-271)، على جريمة التخريب والهدم التي يقوم بها الشخص وهو يعلم أنها مملوكة للغير.

فهذا النص القانوني بمثابة حماية لحق الملكية، سواء في ذلك الملكية العقارية أو المنقولة، وهو يحميه عن طريق حماية موضوعه، من الأفعال التي تفني مادته أو قيمته في صورة كلية أو جزئية، فتقضي أو تنقص تبعا لذلك من منفعة الشيء لمالكه، وكفائتة لتحقيق الأغراض التي من شأنه تحقيقها.

والأصل أن يحمي المشرّع مادة الشيء، فيتجه إلى الإبقاء لها، على حجمها ووزنها، وتلاصق جزئياتها وتكاملها، وخصائصها المادية الأساسية.

ولكن حماية هذه المادة غير مقصودة لذاتها، ولكن من أجل حماية قيمة الشيء الاقتصادية، التي تعتمد على صلاحية مادته لاستعمال معين ثم على ماله من قوة مبادلة.

والنتيجة المنطقية لذلك، انه إذا تصورنا فعلا يبقي على مادة الشيء، ولكنه يضر وينقص -في صورة كلية أو جزئية- من قيمته الاقتصادية، لأنه يجعله غير صالح لاستعمالاته المعتادة أو يقلل من قوته في المبادلة، فان هذا الفعل يحـقق الاعتداء على الملكية الذي يفرضـه الإتلاف أو التعييب، لأنه ينزل بالمالك،الضرر الذي يستهدف المشرّع حمايته اتجاهه، بعقابه على هذيـن الفعلين "الإتلاف والتّعييب"[[271]](#footnote-272).

وتجب الإشارة إلى أن البناية التي قصدها المشرّع الجزائري، هي تعبير عام، يصدق على صور الموضوع الجرمي، المتنوعة، فهي لا تعني المباني المعتادة المقامة من أحجار أو طوب، أو ما يماثله من المواد التي تستعمل في إقامة الأبنية فحسب، ولكنها تعني كل تجميع لمواد، أوتثبيت لها في الأرض، سواء أقيمت على سطحها أو في باطنها.

فيتضح بذلك، انه لا أهمية لنوع المواد التي تستعمل في إقامة البناية، فكما تكون أحجارا أو طوبا، قد تكون حديدا أو خشبا، ولا أهمية كذلك، لحجمها أو شكلها أو قيمتها، ولا يشترط أن تكون معدة للسكن، فكل الأغراض التي أعدت لها، متساوية، بل يجوز ألاّ تكون صالحة لإقامة إنسان فيها[[272]](#footnote-273).

نخلص إلى القول، أن العامل الأجير إذا ما قام بأي تخريب أو تعييب أو إتلاف لآلة تابعة للشركة، أو أي غرض أخر معد لأداء مهمة معينة، يكون قد ارتكب جريمة الهدم والتخريب، بحسب المادة 406 من قانون العقوبات الجزائري، ومرتكبا لخطا جسيم بحسب أحكام قانون العمل 90/11 في مادته 73 التي أشارت إلى الأخطاء المعاقب عليها جزائيا.

**6-جنحة العالم بأسرار الشركة Délit d’initié :**

لقد تم النص على هذه الجريمة في المرسوم التشريعي 93/10 المعدل والمتمم، والمتعلق ببورصة القيم[[273]](#footnote-274)، فنصّت الفقرة 2 من المادة 60 على "...كل شخص تتوفر له، بمناسبة مهنته أو وظيفته، معلومات امتيازية من منظور مصدر سندات أو وضعيته، أو منظور قيمة منقولة ما، فينجز بذلك عملية أو عدة عمليات في السوق أو يتعمد السماح بانجازها، إما مباشرة أو عن طريق شخص مسخّر لذلك قبل أن يطلع الجمهور على تلك المعلومات".

والمقصود بهذه الجريمة، هو تشغّيل معلومات صحيحة، يجهلها الجمهور، لانجاز عمليات في سوق البورصة، ومثال ذلك مديرو المؤسسة، الذين تتوفر لديهم معلومات بأن المؤسسة مقبلة على تحقيق عملية جيّدة، من شأنها أن تؤدّي إلى رفع قيمة سنداتها في البورصة، فيدفعون غيرهم إلى شراء أسهم قبل ارتفاع قيمتها، ومن هذا القبيل أيضا، من يدفعون غيرهم لبيع أسهمهم قبل انخفاض قيمتها، وذلك بمناسبة نشر حساب ختاميسيء (Un bilan négatif)[[274]](#footnote-275).

وأما الأشخاص الذين قصدتهم المادة 60 من مرسوم 93/10، فيتعلق الأمر بالمطّلعون الأولون، والمطلعون بحكم القانون، كمديري الشركات، كالرئيس المدير العام، والقائمين بالإدارة، والمديرين العامّين، وأعضاء مجلس المراقبة، وأعضاء مجلس المديرية.

كما يجب التذكير بوجود المطّلعين الثانويينInitiés secondaire، والعالمون الفعليونInitiés de fait، وهم المدير المالي أو الإداري للشركة، أو مجرد أجير مطّلع على ملفات السرية[[275]](#footnote-276).

وأما مضمون أسرار الشركة، فيجب أن تكون معلومات لها طابع الدقة والتأكيد، والخصوصية والسرية.[[276]](#footnote-277)

Une information présentant un caractère précis et certain, particulier et confidentiel.

**المبحث الثاني :أساس سلطة توقيع التسريح التأديبي على العامل**

لا جدال في أن توقيع رب العمل عقوبة التسريح على العامل الأجير، يجب أن يتم وفقا لما تقتضيه القاعدة القانونية وهي قانون العمل المنظم لعالم الشغل.

ولكن إذا كانت تلك القواعد التي يجب عدم مخالفتها من طرف المستخدم، قد أوجدها المشرّع خدمة لاستقرار عالم الشغل وحماية للأطراف الضعيفة فيه، فان ذلك مردّه محاولة هذه القواعد مسايرة ما هو موجود اجتماعيا، ومواجهة الحاجة إلى مثل هذه القواعد القانونية.

أمّا منبع و أساس السلطة التي يستمدها رب العمل في توقيع عقوبة التسريح على العامل، فان ذلك لم يكن محل إجماع الفقهاء، الذين انقسموا إلى نظريات سنحاول معرفتها من خلال المطلبين التاليين:

**المطلب الأول:**الأساس التعاقدي.

**المطلب الثاني:**الأساس اللائحي أو التنظيمي.

**المطلب الأول: الأساس التعاقدي.**

مفاد هذا الأساس، أن سلطة توقيع التسريح، هو عقد العمل، الذي يعطي حقا لمتعاقد واحد»وهو رب العمل «، على المتعاقدين الآخرين » وهم العمال الأجراء«، وتبعا لذلك يخوله هذا الحق بعض الامتيازات اتجاههم.

فالعقد هو المنشأ للتبعية القانونية التي تفرض على العامل الخضوع لأوامر المستخدم المتعلقة بالعمل، سواء كانت أوامر مكتوبة أو شفوية، أو خصّصت لها منشورات داخلية متخصصة ككل القرارات التنظيمية التي يتخذها رب العمل في إدارة منشأته، وبالتالي تكون بمثابة عقد لشريعة المتعاقدين[[277]](#footnote-278).

وسندرس في هذا المطلب الفروع التالية:

**الفرع الأول:**المنبع القانوني لسلطة المستخدم.

**الفرع الثاني:**نشوء سلطة المستخدم بنشوء المؤسسة.

**الفرع الثالث:** الطبيعة القانونية لسلطة رب العمل وموقف القضاء منها**.**

**الفرع الأول:المنبع القانوني لسلطة المستخدم.**

إن أساس سلطة رب العمل التي تصل إلى حد التشريع، يستمدها من عقد العمل، فنجد في العقود العادية للقانون الخاص، أنّ الدائن والمدين يتفقان على كل من التزاماتهما المتبادلة، في حين، يكون عقد العمل الفردي بحاجة إلى تحديد كبير فيما يخص الالتزامات، فهو عقد يهتم أولا بوضع العامل تحت سلطة المستخدم، الذي يتحصل على حق مستمر في الإشراف والرقابة على نشاط العامل.

صحيح أن هذا الحق الذي يتمتع به المستخدم ليس دون حدود، لأنه يخضع إلى مختلف النصوص القانونية التي تنظمه والتي لا يجوز له تجاوزها، وقد يتضمن عقد العمل الفردي نفسه بعض البنود في هذا الصدد، للحد من هذه السلطة.

إلاّ أنه وفي ميدان محاط بإجراءات تنظيمية وتعاقدية، تظهر هذه السلطة وتمارس من قبل رب العمل[[278]](#footnote-279).

فهذا التحليل، يجد مشروعيته في كون أن مجموعة من العمال تكون في خدمة المستخدم، فالمؤسسة ليست هيئة تستمد منها العلاقات القانونية مثلما هو الحال لعقد العمل والاتفاقية الجماعية، فهي إن كان قانون العمل يهتم بها كمؤسسة، فان ذلك مرجعه إلى أنها تشكل مكانا تمارس ضمنه سلطة رب العمل على مجموعة من العمال.

وأن هذه المؤسسة، وبحسب المفهوم الدقيق للقانون، ليست سوى مجموعة العقود التي يبرمها نفس المستخدم.

إنّ سلطة رب العمل هي في كل الأحوال مكان لتواجد معاملة اقتصادية تخضع لتبعية تعاقدية للعامل الأجير Subordination Contractuelle du Salarié، فمع عدم إمكانية تجاهل حقيقة تواجد المؤسسة، إلا أن المنبع القانوني لسلطة المستخدم، لا يستمدّ من هذه الحقيقة، وإنما يستمدّ من كل عقد عمل أبرمه مع كل عاملمن عماله الأجراء[[279]](#footnote-280).

**الفرع الثاني:نشوء سلطة المستخدم بنشوء المؤسسة.**

وجود المؤسسة كشكل حديث لتوزيع وتقسيم العمل، ينعكس على طرق ممارسة صلاحيات السلطة الممنوحة لرب العمل، فكلما زاد توسّع هذه المؤسسة زاد انخفاض اعتبار العلاقات فيما بين الأجراء ورب العمل كالعلاقات بين الدائنين والمدنين، وزاد على النقيض من ذلك، تحول سلطة المستخدم إلى سلطة عامة مبنية على التنظيم وإعطاء الأوامر.

وانطلاقا من ذلك تنمحي مرجعية هذه السلطة كسلطة نابعة من عقد العمل، بالنظر إلى نسبة تشابهها مع ما يمارس داخل كل جماعة Collectivité، فهي تخضع لقوانين علم الاجتماع التنظيمي، ولا تظهر إلاّ على شكل خاص، لظاهرة عامة.

إن أي جماعة، وفور انتظامها، ومهما كانت أسباب تواجدها وطبيعة نشاطها، فإنها تعطي السلطات اللازمة لسيرها، وهذا هو الحال بالنسبة للجمعيات والمؤسسات العمومية أو الخاصة، أوإدارات الدولة.

إن مقارنة سلطة قائد المؤسسة، وسلطة من هو أعلى، من داخل الإدارة، هي مقارنة صعبة، فهي سلطة تمارس في أشكال قانونية متشابهة مثل: التعليمات الإجبارية، المناشير، الإجراءات المصلحيةNotes de service ، القرارات الفردية المتفرعة...إلخ.

فهذه السلطة، تحمل في طياتها، جانبا من الاختصاصات المرتبطة، وبناءا عليه فإنها سلطة تحمل تأسيسا عمليا Fondement PratiqueUn متلازما، فهو وسيلة لأداء وظيفة ضرورية لنجاح العمل الجماعي، فينجم عن ذلك اختلاف النزاع الناجم عن ممارسة رب العمل لسلطته، عن النزاع المتولد عن تنفيذ العقود العادية للقانون الخاص، ويقترب أكثر من النزاع الإداري[[280]](#footnote-281).

من كل ما تقدم، يتضح مدى تأثير القانون الإداري على قانون العمل، فنظام العمال داخل المؤسسة يفرز تشابهات عديدة مع نظام أعوان الدولة.

والإطار القانوني الذي تخضع له سلطة رئيس المؤسسة يقترب من السلطة السلميةPouvoir Hiérarchique، ويستلهم من القانون العام بعض قواعده ومبادئه.

ومع تطور الخدمات الصناعية للدولة، ووجود المؤسسات العامة والأنظمة Les Statuts المتعلقة بالمستخدمين Le Personnel، وهي الأنظمة التي-سواء كان مصدرها قرار من القوة العمومية Puissance Publique أو من التفاوض الجماعي-، تنتقل بموجبها السلطة، من ميدان إداري بحث، إلى ميدان تعاقدي نظرا لظروف ممارستها داخل المؤسسة، وأنّ هذا المنبع الشكلي لهذه السلطة، يفقد أهميته كمعيار للتفرقة بين مختلف الأنظمة التي تخضع لها هذه السلطة.

ولعل أكبر دليل على ما تقدّم، أن تأصيل L’Appropriation،فيما إذا كانت المؤسسة خاصة أو عمومية، يصبح بدون أهمية، لكون أن المؤسسات الخاصة والعمومية، تخضع لأنظمة سلطوية متقاربة في المستوى العملي، وحتى القانوني في بعض الأحيان[[281]](#footnote-282).

**الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لسلطة رب العمل وموقف القضاء منها.**

إذا كان لا يمكن تجاهل عوامل الاقتراب بين السلطة السلمية Pouvoir Hiérarchique في القانون الإداري، وسلطة المستخدم في قانون العمل، التي أحدثتها المتطلبات التقنية للإنتاج الصناعي والإدارة المركزية، فإنه لا ينبغي تحميلها نتائج قانونية لم تنتجها.

فيمكن أن تكون للسلطة السلمية في القانون الإداري، وسلطة المستخدم في قانون العمل نتيجة فورية، ولكن ليس لهما نفس الأساس القانوني، وهذا ينعكس على النظام الذي تخضع له كل سلطة.

وفي ما يلي شرح مفصّل لطبيعة السلطة التي يتمتع بها المستخدم في بندين:

**البند الأول :**الطبيعة القانونية لسلطة رب العمل ومبرراتها القضائية.

**البند الثاني :**انتقاد المبررات القضائية لسلطة رب العمل.

**البند الأول: الطبيعة القانونية لسلطة رب العمل ومبرّراتها القضائية.**

إن السلطة السلّمية لها طبيعة مؤسّساتيةNature Constitutionnelle، فهي تعبير عن الاختصاص، وعن المشاركة في الوظيفة العمومية، التي تجد فيها مبرّرها وحدودها، وهي سلطة يعرّفها القانون ويراقبها القاضي.

وقد يعطى طابع مؤسّساتيلسلطة رب العمل، عن طريق القول بأن ممارسته لسلطته ليست حقا ذاتيا، وإنما حقّا تابعا للوظيفة التي لا تكون أقل تعريفا وتحديدا من حيث الهدف والغاية.

وحتى المصلحة العامة كشرط مشروعية للتحرك الإداري، تقابلها في قانون العمل فكرة مصلحة المؤسسة كأساس لسلطة رب العمل عليها.

وكانت المحكمة العليا قد أصدرت قرارا لها بتاريخ 06/12/2006[[282]](#footnote-283) فيما يخص مدى سلطة رب العمل في التعيين في المناصب النوعية.

وكان الإشكال القانوني المطروح في هذه القضية أمام المحكمة العليا، هوهل يكفي مضمون الاتفاقية الجماعية فيما يخص ترقية العامل دون أن تكون لمن له قرار التعيين، سلطة الحسم في الترقية؟

وكان رد المحكمة العليا مختصرا وحاسما بخصوص أحقية العامل في الترقية بناءا على الأحكام الواردة في الاتفاقية الجماعية، ذلك أنه، وإن كانت الترقية حق للعامل لمّا تتوفر لديه شروط الأقدمية، وما يستوجبه المنصب من مؤهلات علمية، إلاّ أن التعيين في المناصب النوعية لا يخضع فقط لتلك المعايير المبنية على الاتفاقية الجماعية المتمسك بها، بل يخضع أيضا إلى السلطة التقديرية لمن له قرار التعيين.

إن سلطة رب العمل تخضع إلى نظام المشروعية نقلا عما هو موجود في القانون الإداري، وإلى مراقبة قضائية شبيهة بتلك التي يمارسها القاضي الإداري على نشاط الإدارة.

غير أن هذه الأفكار التي جاء بها هذا التيار الفقهي لا تقدم أي فائدة عملية لرجل القانون إلا إذا كانت حلولا لا تعترف بالأصل التعاقدي لسلطة رب العمل، مع أن الغالب هو عدم تقبّل القانون الوضعي لها، ما عدا بعض المظاهر الخاطئة في ممارسة هذه السلطة، وإلاّ فإنها لا تنتج سوى الخلط في الفهم.

إن موقف هذا الاتجاه الفقهي، لا يمكن الرد عليه، إلاّ من خلال معرفة أنه داخل الحدود التي وضعتها القوانين لسلطة رب العمل، فان القضاء يعترف لها بأنها سلطة نابعة من حق ذاتي Droit Subjectif، وهذا هو المعنى الذي جاءت به عدّة قرارات صدرت عن محكمة النقض الفرنسية.

ففي قرار صادر لها في 10/03/1965 صرّحت بأن"رب العمل الذي يتحمّل لوحده مسؤولية المؤسسة هو القاضي الوحيد للإجراءات المتخذة لضمان نشاطها".

وهذا يعني أن رئيس المؤسسة يتمتع بحرية كاملة، في اختيار أهداف ووسائل التسيير التي يمتلكها من سلطته السيادية، لمعرفة قيمة الإجراءات الضرورية المتخذة، لتحقيق الغايات التي حدّدها لوحده، مهما كانت النتائج التي تحل بالمستخدمين Le Personnel[[283]](#footnote-284).

وهذه السلطة المطلقة، التي قرّرها له القضاء، ليست هي وحدها، التي تعطيه حق اتخاذ أوامر متعلقة بتسيير العمل، أو سلطة تنظيم مصالح المؤسسة، وتكليف كل عامل بمهامه، بل تتعدى إلى مناصب العمل، فرب العمل هو القاضي الوحيد للمواصفات التي ينتظرها من معاونيه.

فقد تكون هناك أسباب تقنية تدفعه للتخلي عن أحد العمال إذا كان كفؤا، أو ظروف أخرى تدفعه للتوقف عن نشاطه.

بل ومادام سيدا في اتخاذ قراراته، فيمكنه تبعا لذلك أن يلغي بعض المناصب، أو يسرّح العمال،أو أن يغيّر في مشوارهم المهني Leur Carrière.

صحيح أن حقوق رب العمل على العمال، هي ككل الحقوق الذاتية، تخضع للمراقبة القضائية طبقا لمبدأ عدم التعسّف في استعمال الحق،إلاّ أنه، وبمناسبة هذه المراقبة، راح القضاء يؤكد السلطة المطلقة لرئيس المؤسسة.

فرغم أن بعض الإجراءات التي تضر العمال قد تكون متعسف فيها بالنظر إلى الأسباب التي تأسس عليها "كالنية السيّئة لرب العمل أو الغش اتجاه القانون"، أو بعض الظروف المحيطة "التساهل في التوبيخ"، فإنه لا يمكن أن يكون التعسّف في مبدئيتها، مادام أنها إجراءات تمّ اتخاذها لمصلحة المؤسسة، وهي المصلحة التي لها قاضي واحد، وهو رب العمل.

لقد منعت محكمة النقض الفرنسية على قضاة الموضوع، الحلول محل رئيس المؤسسة، فهو الوحيد المالك للسلطة المطلقة، واتخاذ قرار إنشاء المؤسسة، أو تحويلها أو غلقها، مهما كان اثر ذلك على مناصب العمل، ومن دون أن تكون للمحاكم إمكانية تقدير لزوم مثل تلك الإجراءات.

ولكن الجانب الوحيد المنتقد في الحديث عن السلطة المطلقة لرب العمل من منظور اجتماعي هو بداهة، الحق "وهو المؤكد عليه بقوة من طرف القضاء" في تنظيم، أو إعادة تنظيم المؤسسة، وعدم تركها تشتغل في ظروف ضارة بها، أو الحق في ارتكاب أخطاء في التسيير، بكل حرية، ما عدا اتخاذ قرار غلقها وتعريض كل العمال للبطالة عندما يتوقف مردودها[[284]](#footnote-285) .

إنّ مصلحة المؤسسة لا تعني "من دون تناقض"، إثارتها، لتبرير ضياعها، أي غلقها، ويجب علينا في هذه الحالة، إعطاء تبرير مالي محض لسيادة رب العمل Une justification purement patrimonial de la souveraineté patronale، فسيادة رئيس المؤسسة ليست سوى حق المالك على ما يملكه.

إن مصلحة المؤسسة، واعتبارا على ذلك، تتحول إلى ظاهرة لتبرير القرارات المتخذة، لكونها غير مزاوجة بين مصالح رب العمل ومصالح العمال، وأن ما يثار بشأن تشبيه هذه الحالة بحالة تحويل السلطةDétournement de pouvoir في القانون الإداري، إنما هو نوع آخرمن الخشونة Euphémismeفي الوصف، لأن الرقابة القضائية سوف لن يكون في مقدورها منع رب العمل من استعمال صلاحياته المعطاة له بعقد العمل، للوصول إلى تحقيق رغباته الشخصية.

**البند الثاني:انتقاد المبررات القضائية لسلطة رب العمل.**

تأكيد القضاء على الطابع السيادي لسلطة رب العمل، يدفع إلى ملاحظة أساس هذه السلطة ضمن ملكية هذه المؤسسة.

إن هذه السلطة، وفي هذه الحالة، لا يمكن أن يحدّ منها، سوى أن اللجوء إلى مبدأ التعسّف في استعمال الحق، يسمح بإعطاء الحق المطلق للملكية، فمصلحة المؤسسة ليست معيارا لمشروعية سلطة رب العمل إلاّ لكونها مرتبطة بالمصلحة الخاصة له.

غير انه يجب التعمّق في التحليل، ذلك أن كل المؤسسات العمومية التي يرتبط بها العمال بعقود للعمل، يمكن لسلطة المسيرين أن تكون لها نفس المواصفات الموجودة في المؤسسات الخاصة، حتى وإن كان الواقع العملي يفرض وجود أنظمة تضع شروطا لممارسة تلك السلطة، لتقليص التعسّف إلى أبعد حد.

إن القضاء يؤسس سلطة رب العمل ليس على ملكية التسيير، وإنما على مسؤولية التسيير، وهذا المفهوم يجعل من المقاول عندما يكون مالكا،ألاّ يكون مسؤولا إلاّ أمام نفسه، وكذلك الشأن إذا كان مسيرا لرأس المال، فمسؤوليته اتجاه هذا المال ليست سوى تأكيد لسمو رأس المال على العمل.

وتكون الحالة مختلفة، إذا تعلق الأمر بارتباط التسيير مع الملكية الخاصة، ولكن خضوع المؤسسات العمومية للقانون الخاص يكون موضوعه ضمان تسيير مشابه للمؤسسات الخاصة التي تتنافس معها، تحت طائلة الضغوطات الناجمة عن السوق.

إذن، يتضح أنه، وكما كان في السابق نظام اقتصادي مبني على حرية المقاول وعلى إكراهات السوق، يتم الحديث عن سيادة رئيس المؤسسة، والتحول التدريجي لهذا النظام إلى نظام رأسمالي سياسي للدولة.

إن ما يوجّه من نقد لما أقرته محكمة النقض الفرنسية من أن رب العمل، هو القاضي الوحيد لنشاطالمؤسسة، هو أن هذه السلطة في المؤسسة الحديثة، يشابه إلى حد بعيد، سلطة الإدارة، وبالتالي لا يعقل أن تخضع سلطة هذه الأخيرة مع أعوانها وإدارييها إلى مبدأ التساوي والرقابة القضائية، أوأن يخضع العمال الأجراء إلى سلطة مطلقة انتهازية وبدون رقابة، وأن الترتيبات التي تعطى لهذه التفرقة كثيرة، وترتبط بجانبين:

الجانب الأول:

يتعلق بكون أن وضعية القاضي هي وضعية إدارية تابعة لإدارة معينة، و أن قضائه ليس في نهاية الأمر إلا وجه من أوجه إدارته Juger l’administration c’est encore administrer، وهذا ما لا نجده عند رب العمل، فهو مدعو لأن يعطي نظرة معيّنة لما تضمنه عقد العمل، وفيما إذا كان هناك مساس بالتزامات معينة، من طرف العامل، وهو ما يمنعه من أن يكون عادلا، مثل ما هو الحال بالنسبة للقاضي.

الجانب الثاني:

كما يكون من الصعب جدا، إخضاع المؤسسة للنظام الإداري، لكونها تمارس نشاطها في ميدان يطبعه التنافس.

إنّ محاولة البحث في تسبيب قرارات رئيس المؤسسة، وإعطاء ضمانات للعمال الأجراء مشابهة لتلك المعطاة في نظام الوظيف العمومي، يؤدي إلى عرقلة فعالية المؤسسة، التي لا يمكن وفي إطار اقتصاد السوق، من أن تكون هذه الضمانات المعطاة للعمال، متفقة مع مبدأ ضرورة الحرية الاقتصادية للمقاول، فالنظام الاقتصادي يطغي حتى على جانب المراقبة القضائية الدقيقة، إذا كان هناك لزوم لانعقادها.

غير أن هذه التفسيرات، لا تجد مبررا كاملا لها في التقنية القانونية لوحدها، إذ ليست هناك حاجة ملحّة لبناء تأسيسي يعطي لرب العمل وسائل يضبط أمور مؤسسته بها، والإقتصار على القول بأن عقد العمل يعطي لرب العمل حقا تحكميا Arbitraire، يعني أنه وما دام ليس هناك نية سيّئة، فليس هناك أي حق للعامل في مناقشة رب العمل.

لقد كان هناك تأكيد لذلك في فترة كان مسكوت فيها عن اختراقات أرباب العمل لمبادئ أساسية كمساواة الجنسين،أواحترام الحريات الفردية والحياة الخاصة للعمال، من دون أن ننسى الحقوق الجماعية لهم.

إن سلطة رئيس المؤسسة هي محدودة بالتزاماته كمتعاقد، وأن نظرية التعسف في استعمال الحق تسمح للقاضي بمراقبة ما إذا كان رب العمل قد استعمل سلطاته كرئيس للمؤسسة طبقا لما تقتضيه العدالة العقدية La légalité contractuelle.

إن المعيار الاقتصادي قد يكون حاسما، إلا أن المحاكم ليست مؤهّلة للتأكد من سلامة الوسائل التقنية المستعملة، فإذا كان مجلس الدولة بمثابة القاضي الذي يشارك في دواليب السلطة التنفيذية، فإنه لا يعقل أن نتصور القاضي العادي كمسير للمؤسسة.

ولا يتم التسليم بان الحرية الاقتصادية تنشئ ما يسمى بالسيادة الخاصة في إطار التطور العام للقانون، وأنه إذا أخذنا بعين الاعتبار استقلالية المؤسسات، فإنه يجب تقبّل أن هذا يفرض ترك حرية التسيير للجهةالمسؤولة عن اتخاذ القرارات التي تراها مناسبة.

وأن حذف هذه الحرية في اقتصاد موجه من الأعلى من طرف الدولة، قد يؤدي ليس إلى حذف هذه الحرية، وإنما إلى تحويل خطر القيام بالتعسّف، إلى العمال الأجراء[[285]](#footnote-286).

إنه يتحتم معرفة ما هي الاعتبارات الاجتماعية التي ينبغي أن تسبق الفعالية الاقتصادية، فحماية العمال الأجراء من تعسف السلطة الاقتصادية لرب العمل، لا ينبغي أن تخضع لنظام مساواتي دقيق، فهي ضمانات تخضع أيضا للتنظيم الجماعي والمشاركة في مراقبة المؤسسة وسياسة التشغيل، وأيضا بأن تكون شروط ممارسة رب العمل لسلطته معرّفة بالنصوص القانونية الناجمة عن مبادئ متقبلة تتمثل في:

**ا-تحديد المالك الفعلي لسلطة رب العمل:**

**Détermination de titulaire effective du pouvoir patronal**

سلطة رب العمل تعود لرئيس المؤسسة Le chef d’entreprise، ولكن ليس رئيس المؤسسة هو الشخص الذي يمارس فعليا تسيير ورقابة العمل، ففي بعض المؤسسات الكبرى نجد توزيعا لصلاحيات هذه السلطة بين عدة أشخاص.

وفي جانب آخر نجد عقد العمل يعطي صفة رب العمل التي هي أوسع من تلك السلطة الممنوحة لرئيس المؤسسة، لأنها سلطة تعني إما تلك الممنوحة للشخص العادي الذي يشغل عامل منزلي Un travailleur domestique، أو مشارك مناسباتي، أو الفرد أو المجتمع الذي يشغل مؤسسة صناعية أو تجارية أو زراعية، أو مؤسسة عمومية.

وفي الواقع العملي يكون من الصعب في حالات معينة التقاء صفات رب العمل مع رئيس المؤسسة.

فصفة رئيس المؤسسة تعود للشخص العادي، ففي المؤسسة الفردية تحديد هذه السلطة لا يثير أي مشكلة فهو المالك أو المسير، وفي الحالات الأخرى يجب النظر إلى الشكل القانوني، فيكون القانون المدني أو القانون التجاري أو القانون الإداري هو الذي يبين النظام الذي استمدّ منه رب العمل سلطته.

ففي الشركة المجهولة La société anonyme، يكون الرئيس المدير العام هو صاحب السلطة، ولكن في المؤسسات الكبرى تكون السلطة في غالب الأحيان موزّعة، وتمارس عبر كل مستويات التدرج السلّمي، وهنا تكمن أهمية التمييز بين الشركة والمؤسسة بالنسبة لقانون العمل.

فالشركة هي وحدة اقتصادية Une notion économique، تخضع للتسيير المالي الموحد l’unité financière de gestion، في حين أن المنشاة L’établissementهي وحدة تقنية فيها وحدة الإنتاج، فهي مركز نشاط Centre D’activité نستطيع تجزيئه، لأنه يخضع لتحديد جغرافيLocalisation géographique، وله استقلالية نسبية.

وفي المؤسسات ذات الحجم الصغير والمتوسط، نجد أن الوحدتين"الوحدة الاقتصادية والوحدة التقنية" تتقاطعان، و في المؤسسة الكبرى تكون هاتان الوحدتان مجزّئتان، ومثال ذلك أن يكون المقر الاجتماعي للمؤسسة الأم في الجزائر العاصمة، ومنشآت عديدة في أقاليم متفرّقة Plusieurs Etablissement en zones géographiques différentes".

وبالنسبة لبعض أنواع المؤسسات "كالبنوك"، أو المحلات المتفرّعة Magasin Succursales، فإن عددها قد يكون مرتفعا جدا، وهنا تكون فائدة التمييز مزدوجة.

ففيما يخص ممارسة السلطة، فليس لرئيس المؤسسةChef d’établissementسوى سلطة مفوّضة Un Pouvoir Délégué، ورئيس الشركة هو الوحيد الذي يملك السلطة بمعناها الواسع، إذ في شخصه"شخص رئيس الشركة الأم" تكمن سلطة التنظيم والقيادة، المتأصّلتانفي السيادة الاقتصادية وفي توزيع صلاحيات ووظائف تنظيم المؤسساتQui s’enracines dans la souveraineté, et le partage des missions et des fonctions, portant l’organisation de l’entreprise .

ولكن في القانون كما في الواقع، نجد أن لكل واحد مسؤولياته الخاصة، فقانون العمل لا يعنى إلاّ قليلا بالمؤسسة الأم، فهو يختص بالمؤسسات المتفرعة في غالب الأحيان، ففي النطاق الجغرافي لهذه المؤسسة المتفرّعة يؤدى العمل وتباشر علاقات العمل.

فالمؤسسة هي التي يضبطها النظام القانوني للعمل، وضمنها يمارس مفتش العمل صلاحياته، وأيضا داخل هذه المؤسسة تمارس علاقات العمل الجماعية، كاستحداث ممثّلي العمال، ولجنة المؤسسةComité d’entreprise، والهيئة النقابية، وظروف العمل هذه، يكون لها تأثير فيما يخص صلاحيات رب العمل، وعلى وجه الخصوص في الجانب الجزائي لهذه المسؤولية.

ففيما يتعلق بالمسؤولية الجزائية لرئيس المؤسسة، فان التمييز ليس له نفس المحل، فالالتزامات الواقعة على عاتق رئيس المؤسسة تخضع لعقوبات جزائية منظمة بنظام عام ينطبق على جميع المخالفات.

إن رؤساء المؤسسات، يتحمّلون دائما مسؤولية المخالفات، خصوصا في ميداني النظافة والأمن، ولا يتم إعفائهم منها، إلاّ إذا ارتكبت المخالفة في الخدمات التي فوّضوا القيام بها للمدراء، أو المسيرين، أو يفترض أنهم يسيرون Gérants ou préposée، بحيث مكّنهم هذا التفويض من الاختصاص، ومن السلطة اللازمة، للسهر على تطبيق القانون[[286]](#footnote-287).

وهذه الفرضية تم تفسيرها بشكل دقيق، بحيث كل خطأ ينجم عن سوء التنظيم العام للمؤسسة، ينجرّ عنه تحميل رئيس المؤسسة ذلك، وهذا التشدّد هدفه أن يتعايش مبدأ شخصية العقوبة مع مبدأ مستلزمات الحيطة والحذر، بحيث لا يعفى رئيس المؤسسة من العقاب، إلاّ إذا كان الفعل منعزلا Un acte isolé، بحيث كان ضمن نطاق تفويض السلطة للمدير، أو من هو في حكمه Préposé،ولكن ليس ذلك حتميا، بحيث يمكن أن تنعقد المسؤوليتين معا.

**ب-التمييز بين رئيس المؤسسة و رب العمل بحسب الوظيفة الاقتصادية أو الاجتماعية.**

يمكن أن نتحدث في هذا الصدد عن أوجه مختلفة للوضعيات القانونية التي يفرزها نشاط المؤسسة، فقد يكون هناك تعاقد من الباطن بين مقاول يعطي لمقاول آخر تنفيذ جزء من المشروع الذي يشرف عليه، وقد نجد مفهوما حديثا للتعاقد من الباطن Sous traitante من خلال ما يعرف بالمؤسسات المموّلة بالخدماتLes entreprises de fourniture de service.

وفيما يلي شرح لبعض أنواع المؤسسات:

**1-المؤسسات الثانوية المكلفة باليد العاملة:La sous entreprise de main d’œuvre.**

المؤسسة الثانوية هي العمليةالقانونية، التي بمقتضاها يفوّض المقاول جزءا من المشروع الذي يكلّف بانجازه إلى مقاول آخر، تحت إطار التعاقد من الباطن، وهذا النوع من التعامل يستجيب لعامل التخصص، وقد يكون الهدف من إيجادها هو فقط التمويل باليد العاملة.

وكان المشرّع الفرنسي رغبة منه في حماية العمال، قد بدأ بتحريم استغلال العمال من طرف أرباب العمل الثانويين[[287]](#footnote-288).

ولكن بمقتضى قرار صدر لها في 1901 اعتبرت محكمة النقض الفرنسية[[288]](#footnote-289) باجتماع كل غرفها، بأن ما هو مممنوع إنما هو استغلال العمال عن طريق صفقة Marchandage وليست الصفقة في حد ذاتها ممنوعة.

وتدخل بناءا على ذلك المشرّع الفرنسي سنة 1935 بالمادة 30 التي نصت على أن العملية تكون مشروعة، ولكن يكون المقاول الأصليL’entrepreneur Principale، ملزما كلما كان المقاول من الباطن غير مالك لرأس المال، وغير مسجل في دفتر المهن أو التجارة، بأن يضمن للعمّال الذين يشتغلون عند المقاول من الباطن، أجورهم، والتعويضات الممنوحة لهم.

ولقد أصبح تكييف المؤسسة من الباطن منتشرا ومعترفا به، ويسمح بإعطاء المقاول من الباطن السلطة اللازمة لتنفيذ العمل، والتأكيد على تمرير مسؤولية الأعباء الاجتماعية من رب العمل إلى المقاول الرئيس.

**2-مؤسسات التمويل بالخدمات:**

نظرا لتطور التعامل الميداني بين مختلف المؤسسات و حاجة بعضها إلى البعض الآخر، فانه يمكننا الحديث عن وجود تجزئة لمواصفات المقاول ورب العمل و يتضح ذلك من خلال:

**أ-شركات تسيير الموارد البشرية: Les sociétés de gestion du personnel**

ويوجد هذا النوع داخل بعض الشركات التي تعطيها حق التشغيل Recrutement وتسيير عمال مختلف شركات التجمع، فيكون رب العمل في هذه الحالة هو شركة التسيير بالرغم من أن النشاط المهني يتم لحساب شركات الإنتاج و تحت سلطتها.

هذا التجزيء ناجم في الحقيقة عن ثقل وتنوّع الأعباء والمسؤوليات، كقيام شركة بالتعاقدمن الباطن مع شركة تقوم بالمهمة البشرية Mission de personnel، لكي تتفرّغ لمهمة الإنتاج.

وهذا التطور أوضح إلى حد بعيد نسبية مفهوم المؤسسة في قانون العمل، فمجرّد تمويه قانونيUn artifice juridique، يكفي لأن تربط علاقات العمل ليس بالمؤسسة التي لصالحها يتم العمل، ولكن مع تلك المؤسسة التي يكون غرضها فقط التكفّل بالعمال، ولن يكون هذا التمويه القانوني منتقدا إلا إذا كانت غايته الغش اتجاه القانون كأن يكون الغرض من ذلك عرقلة الأحكام بتواجد هيأة المستخدمين.

**ب-مؤسسات العمل المؤقت:**

وهي التي تشغّل عمالا لوضعهم تحت تصرف مؤسسات مستعملة Entreprise utilisatriceخلال مدة محدّدة بمهمة واحدة.

والتطور السريع الذي شهدته هذه المؤسسات، يدل على أنها مؤسسات تتماشى مع حاجة المجتمع المعاصر، فالتحدي الاقتصادي الذي يفرض ضرورة وجود يد عاملة متنقلة، يتعزّز بنفس الوتيرة التي يفرضها التحدي الاجتماعي، الذي يفرض ضرورة استقرار مناصب العمل، ونشاط مؤسسات الخدمات المتناوبة يستجيب لرفع التحدّي الاقتصادي، دون أن يضحّي بالتحدّي الاجتماعي.

ولكن قد يؤدي ذلك إلى ظهور نوع جديد من العمال المؤقتين، وقد تؤدي كذلك إلى صفقات غير مكشوفة Marchandage prohibé.

لذلك فان هذا النوع من المؤسسات يخضع لتنظيم قانوني صارم في بعض الدول كفرنسا، التي ومن خلال قانون 03/01/1972 أكّدت بان صفة رب العمل لا تعود إلى من يمارس على العامل سلطة التوجيهLe pouvoir de direction، ولكن تعود إلى المموّل باليد العاملةLe fournisseur de main d’œuvre، وذلك لأجل الحد من السلبيات الخطيرة لهذا التجزيء، وتكون مؤسسة العمل المؤقت L’entreprise de travail temporaire خاضعة لنظام صارم يتضمّن التصريح المسبق، المعاقب عليه جزائيا، والخاضع للمراقبة الإدارية.

**المطلب الثاني: الأساس اللائحي أو التنظيمي**

تعترف اغلب التشريعات الاجتماعية لرب العمل بصلاحية الإدارة والتنظيم المرتكزة على حق اتخاذ كافة الإجراءات والتصرفات، ووضع التنظيمات المناسبة لنشاط المؤسسة سواء كان ذلك بصفة منفردة أو كان بالتشاور والاتفاق مع المنظمات النقابية.

وفيما يلي سنتطرق إلى إجبارية أو جوازية وضع النظام الداخلي وإلى دوره في تأسيس سلطة رب العمل من خلال الفروع التالية:

**الفرع الأول: إجبارية أو جوازية وضع النظام الداخلي.**

**الفرع الثاني: دور النظام الداخلي في تأسيس سلطة رب العمل.**

**الفرع الثالث: دراسة نقدية للنصوص القانونية المنظمة للنظام الداخلي.**

**الفرع الأول: إجبارية أو جوازية وضع النظام الداخلي:**

لما كانت صلاحية الإدارة والتنظيم مهمة بالنسبة لنجاح أي مؤسسة، فان المشرّع الجزائري نص على ضرورة وضع نظام داخلي للمؤسسة التي وصل عدد عمالها إلى 20 عاملا فأكثر، بحيث نصت المادة 75 من قانون 90/11 على ما يلي:

"يجب على المستخدم في المؤسسات التي تشغّل 20 عاملا فأكثر، أن تعد نظاما داخليا، وأن تعرضه على أجهزة المشاركة، أو ممثلي العمال في حالة عدم وجود هذه الأخيرة، لإبداء الرأي فيه قبل تطبيقه".

وأما بالنسبة للمؤسسات التي تشغل أقل من 20 عاملا، فقد نصت المادة 76 على: "يمكن للمستخدم في المؤسسات التي تشغل أقل من 20 عاملا أن يعد نظاما داخليا، حسب خصوصيات الأنشطة الممارسة، تحدد طبيعة هذه الأنشطة عن طريق التنظيم.

فالأمر هنا خياري بالنسبة لرب العمل، الذي قد يشغّل 19 عاملا، وبالتالي يمكنه ألاّ يضع نظاما داخليا حتى إذا كانت ضمن النشاطات الموضحة بالتنظيم، طبقا للفقرة 2 من المادة 76، لأنّ هذه الفقرة ستوضح الميادين التي توضع بشأنها أنظمة داخلية إذا كان العدد لا يبلغ 20 عاملا دون أن تكون لها صيغة الإلزام، لأن الأمر يبقى خياريا بالنسبة لرب العمل بحكم الفقرة الأولى[[289]](#footnote-290).

وسمّاه المشرّع المصري بلائحة تنظيم العمل، واعتبرها نظاما أساسيا، يطلق عليه لائحة العمل أو اللاّئحة الداخلية، وهي الإطار الذي توضع فيه أحكام الإدارة والتنظيم الخاصة بالعمل، ويتولى وضعها رئيس المشروع لسير العمل فيه، بالإضافة إلى تحديد الأخطاء التي تقع من العامل والجزاء على كل منها.[[290]](#footnote-291)1

وعلى صاحب العمل أن يضع لائحة تنظيم العمل والجزاءات التأديبية، موضحا بها قواعد تنظيم العمل والجزاءات التأديبية، مصدّقا عليها من الجهة الإدارية المختصة.

وفيما يخص إجبارية وضع اللائحة في القانون المصري، فإن أي مؤسسة تستخدم عشرة عمال فأكثر، ملزمة بوضع هذه اللائحة، وفي مكان ظاهر.[[291]](#footnote-292)2

وإذا تعدّدت مشروعات صاحب العمل، وكان لا يبلغ عدد عمال كل منها عشرة، فإنه لايلتزم بوضع لائحة عمل في مكان ظاهر، ولكن ليس معنى ذلك انعدام حق صاحب العمل في وضع مثل هذه اللائحة، بل أن ذلك هو حق مقرر له بمقتضى ما له من سلطة وإشراف.[[292]](#footnote-293)3

وبمقارنة هذه الأحكام التي تضمنها القانون المصري، نجد أن الاختلاف بينه وبين القانون الجزائري، يكمن في أن القانون المصري فرض اللائحة الداخلية إذا تجاوز عدد العمال عشرة، وهذا يتماشى مع منطق المؤسسات الصغيرة التي أصبحت ركيزة اقتصاد أي بلد، في حين ورغم كثرة المؤسسات التي تشغّل أقل من عشرين عاملا في الجزائر، فإن لها جوازية وضع النظام الداخلي، دون أن تكون مجبرة على ذلك.

**الفرع الثاني: دور النظام الداخلي في تأسيس سلطة رب العمل.**

غير أن الحديث عن حتمية وضع النظام الداخلي أو جوازه يقودنا إلى الحديث عن الدور الذي يلعبه في تأسيس سلطة رب العمل إلى حد معين، وهو ما يفرض التطرق إلى مضمون النظام الداخلي.

لقد حدّد المشرّع الجزائري المحاور الرئيسية التي يتطرق إليها النظام الداخلي، فنص في المادة 77 من قانون 90/11 على:

"النظام الداخلي هو وثيقة مكتوبة يحدد فيها المستخدم لزوما، القواعد المتعلقة بالتنظيم التقني للعمل والوقاية الصحية والأمن والانضباط. يحدّد النظام الداخلي في المجال التأديبي، طبيعة الأخطاء المهنية ودرجات العقوبات المطابقة و إجراءات التنفيذ".

فيتضح من هذا النص أن مهمة النظام الداخلي تتمثل أساسا في التنظيم التقني للعمل والوقاية الصحية والأمن والانضباط. فواضح من خلال هذا النص، أنّالنظام الداخلي يشكّل جزءا هاما في تأسيس سلطة رب العمل داخل المؤسسة، بحيث يسمح له بتنظيم العمل وكيفيات القيام به، والتقنيات الواجب احترامها، خصوصا من أولئك الذين يقوم بإعطائهم بعض صلاحيات التسيير، كالرئيس المشرف على مصلحة الإنتاج، أو المشرف على كيفيات الإستفاذة من العطل أو الإجازات العلمية التي تبرمج للعمال... إلخ.

**الفرع الثالث: دراسة نقدية للنصوص القانونية المنظمة للنظام الداخلي.**

إذا أردنا أن نتحدّث عن النظام الداخلي، والنصوص القانونية المنظمة له، فإن أوّل ما نبدأ به هذا الحديث هو القول، أنّ هذه المهام يجب أن يضطلع بوضعها رب العمل لأنها من صميم اختصاصاته ومهامه التي تفرض عليه وضع تنظيم تسييري للمؤسسة، حتى تكون التوجيهات المدونة في النظام الداخلي محترمة ومطبقة من جميع العمال التابعين له.

ويتم من خلال ذلك توضيح الالتزامات التي تقع على العامل الأجير بمقتضى المادة 7 من قانون 90/11 التي تفرض عليه تنفيذ ما ينص عليه التشريع والتنظيم فيما يخص تدابير الوقاية الصحية، فلو حدث وأن منع رب العمل بمقتضى النظام الداخلي أي دخول لمكان معزول داخل المؤسسة مخصص لوضع مواد خطيرة وسامة، ورغم ذلك دخلها العامل الأجير فأدّى ذلك إلى إصابته وإصابة زملائه بمرض مزمن، فإنه في هذه الحالة يتحمّل المسؤولية ويكون قد اخل بالتزاماته، لان المادة 7 من قانون 90/11 في فقرتها الخامسة تنص على "...أن يراعوا تدابير الوقاية الصحية والأمن التي يعدها المستخدم وفقا للتشريع والتنظيم".

ولرب العمل إمكانية تسريح هذا العامل لأنه ارتكب خطأ جسيما طبقا للمادة 73 من قانون 90/11 المعدلة والمتمّمة، بحيث أن فقرتها الثالثة تتحدث عن الحاق العامل لأضرار بالمؤسسة، بسبب رفضه تنفيذ تعليمات رب العمل بدون عذر مقبول.

والنظام الداخلي كان يضطلع بمهمة تبيين الأخطاء الجسيمة التي يكون ارتكابها من طرف العامل سببا لتسريحه وذلك بحسب المادة 73من قانون 90/11 قبل تعديلها بالقانون 91/29 المؤرخ في 21/12/1991[[293]](#footnote-294)والتي كانت تعطي لرب العمل اللجوء للتسريح في حالة ارتكاب العامل لأخطاء خطيرة حسب الشروط المحددة في النظام الداخلي وأن هذا النظام الداخلي هو الذي يحدد الظروف التي يمكن للعامل المعني بحالة الخطأ من أن يستفيد من التعويض عن التسريح.

وطبعا يتضح أن النظام الداخلي كان أوسع مجال قبل تعديل المادة 73 بحيث كانت تعطي صلاحيات لرب العمل في وضع الحالات التي يؤدي ارتكابها من طرف العامل الأجير إلى إمكانية تسريحه.

وفي الحقيقة، فإن إعطاء مثل هذه السلطة للمستخدم بأول منظومة قانونية وهي قانون 90/11 تحدث قطيعة جذرية مع مرحلة سابقة كان الميل فيها إلى حماية العامل الأجير من أولويات القانون الأساسي العام للعامل الذي وضع ضمن توجهات اقتصادية وسياسية واجتماعية مبنية على تدخل الدولة وعلى التطلع إلى بناء المجتمع الاشتراكي، إنما هو تكليف قد لا يحسن رب العمل أدائه في ظل عدم تطور فكر ليبرالي مغاير للفكر السابق في سياق قانون 90/11 الذي احدث توازنا في العلاقة بين رب العمل والعامل تهدف أساسا إلى حماية الاقتصاد الوطني.

فكان من نتيجة ذلك أن أضرّ رب العمل، تارة بمصالحه، بعدم تفطنه لمختلف الحالات التي يمكن أن يؤدي ارتكابها من طرف العامل الأجير إلى الإضرار بالمؤسسة دون أن يواجهها بإجراء التسريح، وتارة أخرى أضر بمصلحة العامل الأجير، بوضعه لحالات ضمن النظام الداخلي، تؤدي إلى التسريح، بالرغم من عدم جسامتها أو ضررها بالمؤسسة، مما قد يعني التعسّف في وضع الحالات التأديبية داخل النظام الداخلي.

لذلك فان المشرّع الجزائري لم يتعطل كثيرا في إزالة هذا التكليف، الذي لم يكن في وقته[[294]](#footnote-295)، بدليل انه أحدث تعديلا على المادة 73 بموجب قانون 91/29 المؤرخ في 21/12/1991 التي بينت أنه و إضافة إلى الأخطاء المعاقب عليها جزائيا، تشكل على الخصوص أخطاء جسيمة يمكن أن ينجرّ عنها التسريح دون تعويض، الحالات السبع، وهي الحالات المذكورة على سبيل المثال[[295]](#footnote-296).

وما يستوقفنا أيضا في الحديث عن النظام الداخلي، وما تعلق بالحالات الداعية للتسريح، أن المشرّع الجزائري نص في المادة 73 مكرر1 على أن رب العمل يجب عليه وهو يكيف الخطأ المرتكب من طرف العامل من أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف التي ارتكب فيها الخطأ، ومدى توسّعه، ودرجة خطورته، والضرر الذي نجم عنه، والسلوك الذي كان يميز العامل إلى غاية ارتكابه للخطأ اتجاه الهيئة المستخدمة.

غير أن السؤال الذي نطرحه في هذا الصدد هو: هل هذا التكييف الذي فرض المشرّع الجزائري على الهيئة المستخدمة[[296]](#footnote-297)ضرورة احترامه، يتم القيام به قبل ارتكاب الخطأ عن طريق تدوينه مسبقا في النظام الداخلي أم أن رب العمل ينتظر إلى غاية صدور خطأ من طرف العامل الأجير؟

الإجابة قد تكون بالشطر الثاني من السؤال على اعتبار أن الإجابة وردت بطريقة غير مباشرة في المادة 73 مكرر1 التي ذكرت ضرورة ملاحظة سلوك العامل لغاية ارتكابه للخطأ، وبالتالي لا يعقل أن نضع تكييفا في النظام الداخلي يسبق بفترة زمنية كبيرة، تاريخ ارتكاب الخطأ.

وبالتالي لن يكون التكييف إلا بعد ارتكاب الخطأ، إلاّ أن هذه الإجابة ليست جازمة على اعتبار أن رب العمل سيجد نفسه مجبرا على التعامل مع كل حالة بمفردها، وبحسب نوعية كل خطأ، وذلك قد يستدعي ضرورة اتصاله بمختصين في قانون العمل، أو بمفتشيه العمل، للقيام بهذه المهمة، وهو ما يشكل تعقيدا لسلطته ومساسا بأحقيته في التسريح دون تعطيل.

وبالتالي تميل الإجابة، إلى إمكانية أن يكيف رب العمل الخطأ مسبّقا، وبجداول تبين نوعية السلوك الذي يكون مخففا للعقوبة على العامل، والسلوك الذي لا يمكن معه أن يستفيد العامل من أي عذر، كأن يكون السلوك المتبع من طرف العامل في عمله هو الذي أدى إلى خطئه، كعدم مبالاته بفحص الآلة قبل تشغيلها، ممّا تسبب ذات يوم، في حريق أتلف ممتلكات المؤسسة، إلاّ أن ذلك حتى ولو كان صحيحا ومنطقيا، فإن النص القانوني لا يعطي كل فرضيات تطبيقه.

ونحن من جانبنا نميل إلى الطرح الأول، المتمثل في أن التكييف والأخذ بعين الاعتبار لظروف ارتكاب الخطأ ودرجة خطورته وسلوك العامل اتجاه المؤسسة...الخ، لن يكون إلا بعد ارتكاب الخطأ.

ومبرّرنا في ذلك، أن العدالة فيما يخص إفادة المذنب أو حرمانه من الظروف المخففة التي تساعد على إخراجه من مأزقه، تقتضي أن ننظر إلى اليوم الذي ارتكب فيه الخطأ، بما حمله ذلك اليوم من ظروف محيطة بالعامل، سواء تعلقت تلك الظروف بمحيطه المهني، أو بمحيطه خارج المؤسسة[[297]](#footnote-298).

وأمّا الإنشغال الثاني المتعلق بالنظام الداخلي فيخص المادة 73 مكرر 2 التي فرضت أن يتم النطق بالتسريح المنصوص عليه في المادة 73 مكرر 1 ضمن احترام الإجراءات المنصوص عليها في النظام الداخلي، فهل هذا النص ينطبق على أرباب العمل الذين لا يتجاوز عدد العمال الأجراء التابعين لهم 19 عاملا، والذين اختاروا عدم وضع النظام الداخلي، طالما الأمر هو اختياري لهم، بحسب المادة 76 من قانون 90/11؟

إنّ الإجابة على هذا السؤال لا تخلو من الفرضيات التالية:

**الفرضية الأولى:**

أن رب العمل مجبر على وضع نظام داخلي ولو جزئي، يتعلق فقط بإجراءات تبليغ العامل والاستماع إليه ولو كان العدد التابع له من العمال الإجراء يقل عن 20، طالما أن الحديث عنها معزّز بنصوص أخرى لاسيما المادة 73 مكرر 4 التي تنص على أنه في حالة قيام رب العمل بالتسريح خرقا للإجراءات القانونية أو الاتفاقية الإلزامية فإن المحكمة تبطل هذا التسريح بصفة ابتدائية نهائية، هذا إذا ما جزمنا بان الاتفاقية مقصود بها النظام الداخلي واستبعدنا أن يكون المقصود من ذلك الاتفاقيات الجماعية المبرمة بين الطرفين.

**الفرضية الثانية:**

أن يقوم رب العمل باحترام هذه الإجراءات لحظة إقدامه على التسريح، بالرغم من أن عدد العمال التابعين له لا يتجاوز 20 عاملا، وبالرغم من عدم إعداده لنظام داخلي، وهذا يتعارض مع مبدأ شرعية الإجراءات المتّبعة في المؤسسة، وخضوع الطرفين لما تقتضيه قواعد قانون العمل خضوعا صارما لا ميل فيه لأحد الطرفين.

**الفرضية الثالثة:**

أنّ رب العمل الذي يشغل أقل من 20 عاملا، يمكنه أن يلجأ إلى التسريح دون المرور عبر الإجراءات المنوّه عنها في المادة 73 مكرر 2 في فقرتها الثانية من تبليغ للعامل والاستماع إليه واصطحابه لعامل من اختياره، وهذا طبعا يؤدي إلى حرمان العامل الأجير من هذه الإجراءات إذا ما تم التطبيق الحرفي لنصوص قانون العمل بالرغم من عدم مسؤولية العامل الأجير في كون أنّ رب العمل الذي يتبعه يشغل أقل من 20عاملا.

**الفرضية الرابعة:**

أن يكون المقصود في المادة 76 من جواز وضع النظام الداخلي يخص المؤسسات المتفرعة عن مؤسسة كبرى، إلا أن ذلك لا يرقى لدرجة اليقين، لأن النص صريح في عبارة الهيئة المستخدمة، ولو كان يميل إلى هيئات متفرعة لكان النص بعبارة: في الهيئات المستخدمة[[298]](#footnote-299).

ونحن لا نميل إلى فرضية بذاتها، و لكن نقول انه يجب على المشرّع الجزائري أن يعمل على تعديل المادة 76 التي تنص على جواز وضع النظام الداخلي بالنسبة لمن يشغّل أقل من 20 عاملا، بأن يجعل من وضعه إجباريا حتى في هذه الحالة، حتى يكون مضمون هذه المادة موافقا لمضمون المادة 73 مكرر 2 وما يليها، إضافة إلى ضرورة أن يفصل في مسألة أن يكون تقييم سلوك العامل ودرجة الخطأ الذي ارتكبه، يوم حصول الخطأ.

ويمكن القول أن المشرّع الجزائري، ومن خلال ضعف الإطار القانوني الذي خصّصه للنظام الداخلي، أن رب العمل قد يتهاون في كيفية إعداد هذا النظام الداخلي، بل حتى مفتشية العمل التي سيعرض عليها بغية اعتماده سوف لن تبدل جهدا في توجيه رب العمل حول مضمون النظام الداخلي إذا غاب عنه التدقيق في إعداده، إمّا لعدم رغبتها في ذلك لعلمها أن النظام الداخلي لا يتم الإعتماد عليه كالقاعدة القانونية، أو لأن أعوانها "مفتشي العمل" غير قادرين على ذلك، لعدم درايتهم الكافية بأحكام قانون العمل.

ولقدفرض المشرّع الفرنسي ذلك على المؤسسات التي تشغل أقل من 20 عاملا، بحيث يجب عليها احترام الإجراءات القانونية والتنظيمية المتعلقة بالنظام الداخلي، حيث نص على جواز وضعه بالنسبة للمؤسسات المشغلة لأقل من 20 عاملا، عن طريق تضمين ذلك في منشور وزاري[[299]](#footnote-300)، بطريقة تذكيرية على ما يجب أن يتضمنه النظام الداخلي بالنسبة لها،بشكليدلّ على أنها هي الأخرى معنية بوضع نظام داخلي.

وأما عن محتوى النظام الداخلي، فنجد أيضا توسّعا للمشرّع الفرنسي مقارنة بالمشرّع الجزائري، حيث نصت المادة 34-122[[300]](#footnote-301)من قانون العمل الفرنسي على أن النظام الداخلي يحدد على وجه الخصوص إجراءات تطبيق التنظيم الخاص بالنظافة والأمن داخل المؤسسات والورشات، ولا سيما الإجراءات المتضمنة في المادة 230-3 التي تبين-عندما يفرض الخطر ذلك-شروط استعمال معدات العمل ومعدات الحماية الفردية وأدوات الصنع والتحضير الخطيرة، وضرورة تكييفها مع نمط الالتزامات المطالب بتنفيذها، والظروف التي يستدعي فيها العمال بطلب من رب العمل إلى المشاركة في خلق ظروف تخص صحة وسلامة العمال إذا كانت متفق عليها.

كما يتم توضيح القواعد العامة والدائمة المتعلقة بالتأديب، ولا سيما طبيعة العقوبات ودرجاتها التي يمكن لرب العمل اتخاذها، وأن يوضح الأحكام المتعلقة بحقوق الدفاع عن العمال الأجراء بحسب ما تقتضيه المادة 122-41 من قانون العمل الفرنسي، أو ما تقضي به الإتفاقية الجماعية المطبّقة.

وفي الأخير نصل إلى القول أن السلطة التي يتمتع بها رب العمل داخل مؤسسته لا يلعب فيها النظام الداخلي دورا أساسيا وإنما دورا ثانويا فقط للاعتبارات التالية:

- أنّالمشرّع الجزائري حاول في بادئ الأمر إعطاء السلطة الكاملة لرب العمل في تحديد الأخطاء الجسيمة عن طريق النظام الداخلي بنص المادة 73 من قانون 90/11 قبل تعديلها، ونزع منه هذه الصلاحية بقانون 91/22 المؤرخ في 21/12/1991 محاولة منه لكبح أي استعمال مفرط لهذه السلطة أو تعسّف فيها.

- أن المشرّع الجزائري بالتعديلات الكثيرة التي وردت على المادة 73 بخصوص التسريح التأديبي لم يتمكن من إيجاد صيغة توافقية نهائية تستجيب للحاجة الاقتصادية المتمثلة في حماية مصالح رب العمل، والحاجة الاجتماعية المتمثلة في حماية منصب العمل من أي تعسّف، والدليل على ذلك أن تعديل وإثراء المادة 73 استمر إلى غاية الأمر 96/21 المؤرخ في 09/07/1996.

وإذا ما قارنا الحديث عن دور النظام الداخلي في تأسيس سلطة رب العمل في قانون العمل الجزائري، مع نظيره الفرنسي، لوجدنا أن القانون الفرنسي وجدت فيه بعض الاختلافات تتعلق أساسا بوضوح النص القانوني الذي يفرضه على المؤسسات ذات الأنشطة المختلفة.

فلقد فنص المشرّع الفرنسي[[301]](#footnote-302) على إجبارية وضع النظام الداخلي داخل المؤسسات أو المنشآت الصناعية أو التجارية أو الزراعية أو المنشآت الإدارية ذات الطابع الصناعي أو التجاري، وكذا الدواوين العامة والوزارية والمهن الحرة والشركات المدنية والنقابات المهنية والشركات التعاونية Sociétés mutualistes وهيئات الضمان الاجتماعي، ماعدا ذات الطابع الإداري العام، والجمعيات، وكل هيئة خاضعة للقانون الخاص مهما كان شكلها ومضمونها إذا ما كانت تشغل على الأقل 20 عاملا.

وما يلاحظ على النص القانوني الفرنسي الذي أجبر المؤسسات المشغلة لـ 20 عاملا على الأقل بضرورة وضع نظام داخلي، أنه عدّد كل الشركات والهيآت المعنية بوضع نظام داخلي وحتى المهن الحرة، وهذا ما يبعد الانتقاد الذي وجهناه للمشرع الجزائري فيما يخص وجود إجباري للنظام الداخلي لدى لرب العمل الذي يشغّل 20 عاملا، دون توضيح دقيق للمؤسسات والهيئات التي ينطبق عليها ذلك.

فتكون المهن التي ذكرها المشرّع الفرنسي تغطي تقريبا معظم النشاط الممارس داخل التراب الفرنسي، في حين ذكر المشرّع الجزائري أن أمر النظام الداخلي يخص كل هيئة مستخدمة تشغل 20 عاملا فما فوق دون أن يحدد النشاطات التي يجب عليها وضع نظام داخلي، وبهذا يفتح مجالا لعدم الدقة لاسيما وأن المشرّع الجزائري أعطى الخيار في مادة قانونية أخرى لإمكانية وضع نظام داخلي لتلك المؤسسات التي تشغل أقل من 20 عاملا دون أن يفرض عليها احترام ما تتضمنه عادة الأنظمة الداخلية.

وفي قرار لها مؤرخ في 22/05/2002، رسّخت محكمة النقض الفرنسية الدور الذي يلعبه النظام الداخلي في تكملة النص القانوني، وفيمايلي، عرض لما تضمنه هذا القرار:

فبعد توظيفها لعامل أجير في 16/11/1992 أقدمت مؤسسة بياني Piani، على تسريحه بسبب ارتكابه لخطأ جسيم في19/07/1995، إثر مراقبة نسبة الكحول التي كان يحملهاContrôle d’alcoolémie وهو يسوق شاحنة داخل ورشة العمل، من طرف مسؤوله المباشر، وهي النسبة التي كانت إيجابية بحسب 0,7غرام.

ولما كانت المادة 06 من النظام الداخلي لمؤسسة بياني Piani، تنص على منع العمال من الدخول إلى أماكن العمل في حالة سكر، وبأن يتم الإعتماد على جهاز قياس نسبة الكحول l’alcootest، للوصول إلى معرفة نسبة سكر العامل السائق للشاحنة أو السيارة، فإنّه، وللقول بأن قرار التسريح كان خاليا من سبب حقيقي وجدّي، راح مجلس قضاء بوردو La cour d’appel de Bordeaux، إلى القول أن مراقبة نسبة الكحول طبقا لأحكام النظام الداخلي، وإن كانت نتيجتها إيجابية، فإن اللجوء إلى جهاز قياس نسبة الكحول l’alcootest، لا يكون مبرّرا إلا إذا كان الهدف منه تفادي حالة خطيرة، أو إنهائها في الحين de prévenir ou de faire cesser immédiatement une situation dangereuse ، وبالتالي الوصول إلى وجود خطأ تأديبي.

ولكن وردّا على هذا الإتجاه الذي حاول مجلس قضاء بوردو تبريره، فإن محكمة النقض الفرنسية رأت أن أحكام النظام الداخلي التي تسمح باللجوء إلى مراقبة مدى وجود العامل في حالة سكر داخل أماكن العمل، هي أحكام مشروعة طالما أنها تسمح بمعاينة La contestationحالة السكر من جهة، ومن جهة أخرى لكون أن حالة السكر هذه تعرّض الأشخاص والممتلكات للخطر، بشكل يؤدي إلى تشكيل خطأ خطير constituer une faute gravede sorte qu’il peut، وبقضائه كما فصل، يكون مجلس قضاء بوردو قد اخترق النصوص المشار إليها.

ولهذه الأسباب قررت محكمة النقض الفرنسية نقض وإلغاء قرار مجلس قضاء بوردو المؤرخ في 01/10/1999، وإحالة موضوع القضية وأطرافها على الحالة التي كانت عليها قبل صدور هذا القرار، على مجلس قضاء تولوز.

فما يهمنا من هذا القرار أن النظام الداخلي في عالم الشغل الفرنسي، يساهم في تفعيل النص القانوني في الميدان، فهل حالة السكر داخل أماكن العمل، حسب المادة73 من قانون 90/11الجزائري، يمكن للنظام الداخلي أن ينص على كيفيات الوصول إلى معرفة مدى تواجد العامل في حالة سكر، كحالة ذكرتها هذه المادة، عن طريق المراقبة الطبية الفجائية؟

طبعا، حسب الإطار القانوني المخصص لتنظيم النظام الداخلي في الجزائر، لا يمكن أن نعتقد في ذلك، وهو ما يشكل مشكلا حقيقيا من حيث التطبيق، إذا بقيت المادة 73 من قانون 90/11 على حالها، وبقي الإطار القانوني للنظام الداخلي على حاله هو الآخر.

وأخيرا أن يتضمن النظام الداخلي تذكيرا بالأحكام المتعلقة بالتعسف في استعمال السلطة لغرض التحرش الجنسي بحسب ما تقتضيه المادتين 46-122 و47-122 من قانون العمل الفرنسي، وأن ينوه أيضا على ضرورة منعه أية ممارسة تتضمن تحرشا معنويا Harcèlement moral.

ومن جانب آخر، نص المشرّع الفرنسي في المادة 122-36 على أنه لا يصبح النظام الداخلي مطبقا إلاّ إذا خضع لرأي لجنة المؤسسة، أو في غيابها، على ممثلي العمال، وعلى لجنة النظافة والأمن عندما يتعلق الأمر باختصاصها، وبعد أن تعطي هذه اللجان رأيها، يتم عرضه مرفوقا بنسخ من هذه الآراء على مفتش العمل.

فواضح من خلال استعراض ما جاء به المشرّع الفرنسي، أن النظام الداخلي في المؤسسات الفرنسية أفرد له القانون مواد توضيحية واسعة، لا من حيث إعداده، ولا من حيث المواضيع التي يتناولها، وهذا في الحقيقة يجعل منه نظاما مكمّلا لما تقتضيه النصوص القانونية لقانون العمل.

ويمكن بناءا عليه أن يكون النظام الداخلي بمثابة تأسيس آخر لسلطة رب العمل، تأسيس لا يعني فقط إعطائه السلطة دون تبيين لحدودها، بل بضرورة أن يوضح ماله وما عليه من حقوق و التزامات، فإذا كان يستطيع تحديد العقوبات والدرجات الموجبة للتأديب، فإنه من جانب آخر ملزم بالتذكير بمفهوم التعسّف في استعمال السلطة سواء تعلق الأمر بالتحرّش الجنسي أو المعنوي.

هذا ما ينقص النصوص القانونية الجزائرية المتعلقة بالنظام الداخلي، التي نأمل أن يعمل على إثرائها مستقبلا[[302]](#footnote-303) بحيث يتحول النظام الداخلي في طبيعته إلى وثيقة ملزمة لكل أعضاء الهيئة المستخدمة، ولرئيس المؤسسة نفسه، ويصبح إجراء تنظيميا للقانون الخاص مثلما نصت عليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها مؤرخ في 25/09/1991[[303]](#footnote-304).

الباب الثاني

قيود التسريح التأديبي

لخطأ شخصي وآثاره

في الجزء الثاني لهذه الرسالة ارتأينا أن يكون مضمونه مخصصا للقيود التي ترد على التسريح لخطأ شخصي والآثار الناجمة عنه .

فمعلوم أن التسريح كإجراء عقابي تأديبي لرب العمل كل الأحقية في اللجوء إليه إذا كان مشروعا وكان مسلّطا على خطأ ارتكبه العامل الأجير.

إلا أن هذه المشروعية وهذا التكييف، فيما إذا كان مسلّطا على خطأ شخصي بالحدود التي رسمتها القواعد القانونية، يقتضي أن يكون محاطا بإجراءات قانونية شكلية، وأخرى موضوعية، لا ينبغي لرب العمل أن يتجاوزها أو يقفز عليها، وإلا اعتبر التسريح تعسفيا.

ذلك أن التسريح ستنجم عنه آثار قانونية حتى ولو كان مشروعا، فالأحرى أن لا يكون تعسفيا حتى لا تكون آثاره غير مشروعة.

ولهذا الغرض قسمنا هذا الباب إلى الفصلين التاليين :

**الفصل الأول:** قيود التسريح التأديبي لخطأ شخصي.

**الفصل الثاني:**آثار التسريح التأديبي لخطأ شخصي.

الفصل الأول:

قيود التسريح التأديبي

لخطأ شخصي

لن يكون نص قانوني يمنح حقا معيّنا، قادرا على أن يبعد التعسف فيه، من دون أن يفرض صورا لممارسته، ويفرض حدودا لا يجب لمن استفاد من هذا الحق، أن يتجاهلها، أو يبتعد عن العمل بها، وإلاّ كانت ممارسته لهذا الحق تعسّفية، ولا تستند لأية شرعية.

وفي هذا الإطار، فإن أحقية التسريح الممنوحة لرب العمل، لابد أن تمارس في إطار مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية، سواء المنصوص عليها قانونا، أوتلك التي جرى الاتفاق عليها.

وتبعا لذلك، فإن دراستنا في هذا الفصل ستنقسم إلى:

**المبحث الأول:**الشروط الموضوعية للتسريح التأديبي ووسائل القاضي في معرفة التعسّف.

**المبحث الثاني :**الشروط الشكلية للتسريح التأديبي وموقف المحكمة العليا.

**المبحث الثالث:** الشروط المطبقة على فئات عمالية خاصة.

**المبحثالأول:الشروط الموضوعية للتسريح التأديبي ووسائل القاضي في معرفة التعسف .**

في هذا المبحث سنحاول معرفة الشروط الموضوعية للتسريح التأديبي من خلال التطرق للحدود التي استخلصناها من قانون 90/11 والقانونين90/02 و90/14 .

كما سنتطرق في هذا المبحث إلى الوسائل التي تمكن القاضي الاجتماعي وهو ينظر في نزاع متعلق بالتسريح التأديبي، إلى معرفة مدى وجود تعسف من طرف رب العمل عند إقدامه على اتخاذ قرار التسريح.

وكان ذلك ضمن المطلبين التاليين:

**المطلب الأول: الشروط الموضوعية للتسريح التأديبي.**

**المطلب الثاني: وسائل القاضي في معرفة مدى وجود التعسف في قرار التسريح.**

**المطلب الأول : الشروط الموضوعية للتسريح التأديبي**

ونقصد بالشروط الموضوعية، تلك المواد القانونية التي استخلصناها من نصوص تشريع وتنظيم علاقات العمل بدأ من قانون 90/11، ثم القانونين 90/02، 90/14.

وسندرس ذلك في الفرعين التاليين:

**الفرع الأول**: الشروطالوادرة في المادة 73 من قانون 90/11.

**الفرع الثاني**: شروط مواد القانونين 90/02، 90/14.

**الفرع الأول: الشروط الواردة في المادة 73 من قانون 90/11:**

لقد راهن المشرّع في تحديده للخطأ الموجب للتسريح على وثيقة النظام الداخلي في قانون 90/11المتعلق بعلاقات العمل وذلك بنصه في المادة 73 على أنه:

"يتم العزل في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة، حسب الشروط المحددة في النظام الداخلي، يحدد النظام الداخلي الشروط التي تسمح للعامل المعني الاستفادة من التعويض من العزل المنصوص عليه في الفقرة السابقة"، وهذا النص أعطى للنظام الداخلي دورا كاملا في تحديد الخطأ الموجب للتسريح.

غير أنه، ونتيجة لما أحدثته هذه المادة من غموض في اتخاذ عقوبة التسريح المبنية على خطأ محدّد، حسب النظام الداخلي الذي يعد وثيقة موضوعة من طرف المستخدم باعتباره يمارس السلطتين التنظيمية والتأديبية، فإنه نظّم بالتشريع القانوني، عن طريق تعديل المادة 73 بقانون 91/29.

فلكثرة الدعاوى الخاصة بالتسريح التعسّفي، كان حتما على المشرّع الجزائري التدخل بقانون 91/29 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991 الذي عدّل المادة 73 السابقة الذكر، وذلك بالنص على أن التسريح التأديبي لا يتم إلا بارتكاب العامل لأخطاء جسيمة.

وأنه إضافة للأخطاء الجسيمة التي يعاقب عليها التشريع الجزائي والمرتكبة بمناسبة العمل، فإنه تعتبر أخطاءا جسيمة على الخصوص وينتج عنها التسريح بدون مهلة الإنذار ولا التعويض، 7حالات منها:

امتناع العامل بدون سبب مشروع عن تنفيذ التعليمات المتعلقة بالتزامه المهني أو التي يعد عدم تنفيذها إضرارا بالمؤسسة، وبالتنظيم الموضوع من طرف رب العمل، في إطار الممارسة العادية لمهامه، أو قيامه بإفشاء معلومات مهنية ذات طبيعة تقنية أو تكنولوجية أو طرق الإنتاج أو التنظيم أو وثائق داخلية...إلخ.

ودائما في إطار تحديد الخطأ الجسيم، نص المشرّع الجزائري في المادة 73/1 المضافة بموجب قانون 91-29 لـ 21 ديسمبر 1991 على أنه يجب على المستخدم أن يراعي تصرفات العامل، التي كان يسلكها حتى تاريخ ارتكابه الخطأ.

وهنا يطرح التساؤل حول المغزى من وجود المادة 73 التي تحدّد،زيادة على الأخطاء المعاقب عليها في التشريع الجزائي، الأخطاء التي تم اعتبارها محددة على سبيل الحصر، فهل يعني أن الخطأ الجسيم لا يعد جسيما بالنظر للظروف التي حددتها المادة 73/1؟[[304]](#footnote-305).

والواقع أن الإجابة عن ذلك لا يمكن أن تكون إلا وفق احتمالين:

**الإحتمال الأول:** أن المشرّع أراد أن يعطي لرب العمل إمكانية المشاركة في تحديد الخطأ وبالتالي عدم تجريده نهائيا من هذا الحق بعدما كان يتمتع به في قانون90/11.

وذلك تماشيا مع سلطة رب العمل التنظيمية والتأديبية، والتي تعتبر أساسا، لا يمكن استبعاده في الحديث عن التسريح التأديبي للأخطاء التي يرتكبها العامل.

وهو الاحتمال الناتج من أن الفقرة الثانية من نفس المادة تفرض على أن التسريح لا يتم الإعلان عنه إلا ضمن احترام الإجراءات المحدّدة في النظام الداخلي.

والذي يعدّ "أي النظام الداخلي" من بين السلطات التي يتمتع بها رب العمل، بالرغم من فرض احترام إجراءات التبليغ والاستماع للعامل و إدراجها في النظام الداخلي إجبارا، وهو احتمال أول.

**الاحتمال الثاني:** أن الاعتبارات والظروف، لا يمكن أن تخفف من وصف الجسامة بالنسبة لواقعة الخطأ المنصوص عليه بالمادة 73 "حالات الخطأ المحددة"، وإنما يتم العمل بها لأبعاد أخرى غير تلك المحدّدة في المادة 73 والتي تؤدي إلى نفس الأضرار تقريبا، حتى يمكن إعطائها هي الأخرى، وصف الجسامة.

يتضح إذن، أن المشرّع الجزائري،ومن خلال استعراض ما عالج به الخطأ من تحديد وصف الجسامة، إنما قد أضفى عليه نوع من الغموض أكثر منه توضيحا لما قد يقع عليه من فهم متعدّد، ينتج عنه تطبيق مختلف للقانون، وبالتالي إهدار للتطبيق السليم لقواعد قانون العمل.

ذلك أن ما يستخلص من دراسة الخطأ في قانون العمل الجزائري، أن هذا الأخير حاول الموازنة بين الطرفين وحماية مصالح كل منهما، بشكل أحدث لبسا في كيفية اتخاذ موقف مناسب من العامل أو من رب العمل.

**الفرع الثاني: شروط مواد القانونين 90/02، 90/14:**

ويتلخّص معنى هذه الشروط، من خلال معرفة كيف عالج المشرّع الخطأ الذي يرتكبه عمال متميزون في وضعيتهم اتجاه رب العمل، ونقصد بذلك العمال الذين يقومون بمهام نقابية، وبالتالي اعتبارها حدودا على سلطة رب العمل في ممارسة سلطته عليهم.

فمن خلال الرجوع إلى قانون 90/14 المتعلق بممارسة الحق النقابي المعدل والمتمم بقانون 91، يمكن طرح سؤال متعلق بمدى تشابه موقف المشرّع الجزائري من الخطأ المرتكب من قبل الممثلين النقابيين، مع موقفه في حالة ارتكاب الخطأ من عمال عاديين؟

وفي مايلي تعداد للأخطاء الواردة في المواد53، 54، 56 من قانون90/14 والمادة40 من قانون90/02.

**1- المساس بسمعة المؤسسة:**

بالرجوع إلى المادة 53[[305]](#footnote-306) من قانون 90/14، فإنه يتضح لنا انه لا يحق للمستخدم تسليط عقوبة العزل على المندوبين النقابيين بسبب النشاطات النقابية.

ولكن لم يوضح المشرّع الجزائري، ما إذا كان يجب على ذلك النشاط أن يكون مجرّدا من أي قصد للمساس بالمؤسسة أو سمعتها، لا سيما عن طريق تحريض العمال على الإضراب الغير مشروع بأنواعه المختلفة، سواء بالتكاسل والتباطؤ في العمل، أو عن طريق التشهير بنقاط ضعف المؤسسة، ممّا يشكل مساسا بقدرتها على المنافسة الإقتصادية.

وأيضا بملاحظة المادة 54[[306]](#footnote-307) التي تنص على إمكانية إقدام رب العمل على تطبيق الإجراء التأديبي في حق المندوب النقابي الذي أخلّ بالتزاماته، لا نجد حماية كافية لرب العمل، لعدم إعطائه إمكانية معاقبة كل مندوب نقابي يتعسّف في أداء مهمته بشكل يضرّ بمصلحة المؤسسة، باتخاذ قرار التسريح في حقه، كأي عامل آخر.

إضافة إلى أن نص المادة 54 لم يوضح ما حق المستخدم، في ظل فرض ضرورة إعلام المنظمة النقابية المعنية قبل اتخاذ الإجراء التأديبي، من دون توضيح الآجال التي يجب العمل بها في هذا الصدد، لا سيما إبعاد أي تماطل من قبل المنظمة النقابية أو محاولتها المساس بمبدأ سلطة رب العمل التأديبية والتنظيمية.

**2- تجاوزات الممثل النقابي بمناسبة أداء مهامه:**

ما يلاحظ على المادة 56 من نفس القانون (90/14)،أنها خالفت هي الأخرى ما يمكن أن يكون المشرّع الجزائري قد قصده من خلال التحليل الذي بينته المادة 73/4 من قانون 91/92، والتي لم يتم التفريق فيها بين التسريح التعسّفي والتسريح الذي تم خرقا لإجراءات قانونية قد تكون بسيطة.

بعكس ما جاء في هذه المادة 56، من أن التسريح الذي يتم في حق مندوب نقابي خرقا لأحكام هذا القانون، يعتبر باطلا ولا أثر له، وبالتالي لا يعتبر تعسّفيا، ومن تم يتضح أن موقف المشرّع الجزائري من الخطأ الضار بالمؤسسة يختلف بحسب وضعية العامل في كونه عاملا أو ممثلا نقابيا[[307]](#footnote-308).

كما أضاف المشرّع الجزائري حماية أخرىللممثلين النقابيين بنص المادة 57،من أنهّم يستفيدون من هذه الأحكام لمدة سنة بعد انتهاء مهامهم.

وبالتالي يستفيد منها الممثل النقابي ولو كان قد تعرض لإجراء تأديبي مشروع بحسب المادة54.

ومن تم يتساوى في الاستفادة من أحكام المادة 57 مثل بقية الممثلين النقابيين الذين لم يقوموا بأخطاء استوجبت تطبيق إجراء تأديبي بشأنهم.

أضف إلى الالتباس الذي تحدثه عبارة"مهمتهم النقابية" فيمكن فهم ذلك على أساس قيامهم بمهمة نقابية واحدة في حين أن الانتخاب يتم على أساس عهدة نقابية تعطي لهؤلاء[[308]](#footnote-309).

يبرز إذن أن المشرّع أعطى تمييزا قانونيا للمثلين النقابيين، مع ما اكتنف هذا التمييز من غموض قد يمس بمصالح رب العمل ومبدأ أحقيته في التسريح.

**3- رفض العامل القيام بالقدر الأدنى من الخدمة أثناء الإضراب:**

إذا قمنا بمراجعة القوانين الأخرى[[309]](#footnote-310)، التي صدرت في نفس الفترة التي صدر فيها قانون90/11 فإننا نجد أخطاء مهنية جسيمة منصوص عليها في تلك القوانين التي على رأسها قانون الإضراب[[310]](#footnote-311)المؤرخ في06/02/1990 في مادته40 التي تنص على أن رفض العامل المعني القيام بالقدر الأدنى من الخدمة المفروضة عليه يعد خطأ مهنيا جسيما.

وتنص المادة 42 من نفس القانون على أنه: "يعدّ عدم الامتثال لأمر التسخير خطأ جسيما، مع عدم المساس بالعقوبات المنصوص عليها في القانون الجزائي".

فإن كانت هاتان المادتان، لا تثيران إشكالات، فإن المادة 33 مكرر من نفس القانون "قانون 06/02/90"، نصت على انه يشكل التوقف الجماعي عن العمل، الناجمعن النزاع الجماعي للعمل بمفهوم المادة02 منه، والذي يحدث خرقا لأحكام هذا القانون، خطأ مهنيا جسيما يرتكبه العمال الذين شاركوا فيه، ويتحمل المسؤولية الأشخاص الذين ساهموا فيه بنشاطهم المباشر.

والفقرة الثانية من نفس المادة "33" أعطت للمستخدم حق اتخاذ الإجراءات التأديبية المنصوص عليها في النظام الداخلي في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما.

فما يلاحظ على هذه المادة أن الإجراءات التأديبية لم يعد مصدرها النظام الداخلي، وإنما حدّدت المادة 73-02/الفقرة 02 من قانون 90/11 المعدّل والمتمّم، بحيث هي التي بينت ذلك، فكان أن حصرت مهمة النظام الداخلي في وضع الإجراءات التي تتمثل في التبليغ الكتابي لقرار التسريح واستماع المستخدم للعامل.

إلاّ أن الغريب في الأمر، هو إعتراف المشرّع وتصريحه، بأن ذلك يعد خطأ مهنيا جسيما، ويستطرد قوله في الفقرة الثانية من نفس المادة بحق المستخدم في اتخاذ الإجراءات التأديبية المنصوص عليها في النظام الداخلي، مع أنه كان من المستحسن القول على أكثر تقدير في تلك الفقرة، ضرورة أن يتم احترام إجراءات التسريح من استدعاء وسماع وتبليغ[[311]](#footnote-312).

ثم بالرجوع للمادة 55 و56 من قانون الإضراب، نجدهما تعاقبان، كل من تسبّب في التوقف التشاوري الجماعي عن العمل المخالف لأحكام الإضراب، وكذا ممارسة مناورات احتيالية لأجل ذلك.

وهي عقوبات تتمثل في حبس الشخص الذي تورط فيها، فهل يعد ذلك خطأ مهنيا جسيما؟، وهل يمكن إعطاؤه وصف الجسامة بإدراجه في الأخطاء الجسيمة التي يعاقب عليها التشريع بحسب المادة 73 من قانون 90/11؟.

والواضح أن الإجابة هي اعتبارها جسيمة، بالرغم من انه كان على المشرّع أن يبين أنها خطأ مهني جسيم، لما تشكله من ضرر فادح للمؤسسة، إلا أن صراحته في إعطاء وصف الجسامة في المواد 40 و42 و33 من نفس القانون، وامتناعه عن ذلك في المادة 55، يجعل من الصعب الجزم باعتبار ما جاء في المادة 55 خطأ مهنيا جسيما، وهو ما يسجل كنقطة سلبية على مصلحة رب العمل[[312]](#footnote-313).

**المطلب الثاني: وسائل القاضي في معرفة مدى وجود التعسف في قرار التسريح.**

طريق القاضي في معرفة وجود تعسف في التسريح التأديبي، الذي يكون رب العمل قد اتخذه، وهو يعتقد أنه احترم الإجراءات الموضوعية، إنما هو طريق يعتمد على ما يعرفه العامل من دلائل وما يقدّمه من ادعاءات. غير أن ذلك قد لا يكفي ليؤسس القاضي قناعته بوجود تعسّف في قرار التأديب، فيكون ملزما بالاعتماد على ما قيل بشأن المعايير التي اقترحها الفقه، لمعرفة مدى وجود التعسّف عند إستعمال الحق بوجه عام، وهذا ما سندرسه فيما يلي:

**الفرع الأول: معيار التعسّف وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.**

**الفرع الثاني : التعسّف في الحق وفقا لأحكام القانون المدني المقارن .**

**الفرع الثالث : سلطة القاضي التقديرية في معرفة التعسّف.**

**الفرع الأول: معيار التعسّف وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.**

في هذا الفرع، سندرس ما قرّره فقهاء الشريعة الإسلامية، بشأن الطريقة المعتمدة، لمعرفة ما إذا كان هناك تعسّف في ممارسة حق من الحقوق المقرّرة بالنص المنظم لها، كما نتطرق للقواعد الشرعية التي تمكن من تطبيق معيار التعسّف، عبر البنود التالية:

**البند الأول:** الأصول التي يقوم عليها معيار التعسّف في الشريعة الإسلامية.

**البند الثاني:** صور التعسّف وفقا للشريعة الإسلامية.

**البند الثالث :** القواعد الشرعية في تطبيق معيار التعسّف.

**البند الأول : الأصول التي يقوم عليها معيار التعسّف في الشريعة الإسلامية.**

لقد اهتم الفقه الإسلامي بفكرة التعسّف، وتعرّض لكيفية معرفة وجود التعسف في ممارسة حق من الحقوق، فاعتمد على معيار المصلحة، بحيث تعد مصدرا من مصادر الفقه الإسلامي، ذلك أنه يستند إلى أصول تشريعية سماوية مستمدة من كتاب الله وسنة رسوله، ومن دلائل أخرى تقوم على هذين الأصلين الرئيسيين نصا كالإجماع، أو معنى وروحا كالمصلحة المرسلة، أو الاستحسان الذي يجد سنده في الضرورة أو المصلحة، ومعنى الضرورة هنا الحاجة، و مبدأ الذرائع الذي يعد نوعا من العمل بالمصلحة، وهو مبدأ أجمع عليه العلماء وإن اختلفوا في مدى تطبيقه[[313]](#footnote-314).

وهذا الاستدلال، يتم عن طريق الدلائل التي تعتمد على روح الكتاب والسنة، فيقول العز بن عبد السلام "فإن خفي منها شيء" المصالح والمفاسد" طلب من أدلة الشرع وهي الكتاب والسنة والإجماع، القياس المعتبر والاستدلال الصحيح[[314]](#footnote-315).

ولهذا السبب اتخذت معايير الفقه الإسلامي، المصلحة كأساس لها، التي وضعها الشارع تفاديا للغلو والتطرّف في النظر إلى الحق وتصوير طبيعته و مداه، و تحريرا للناس من الوقوع في الهوى والتحكّم، حيث قال **الله تعالى : ﴿وَلَوِ اتَّبَعَ الحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتِ السَّمَاوَاتِ والأرضُ ومَن فِيهِنَّ﴾**[[315]](#footnote-316) فالشريعة الإسلامية مبنية على مصالح العباد،وهذه المصالح من وضع الشارع الحكيم، ولا يخالف أحد من العلماء ذلك.

وقد هدفت الشريعة الإسلامية تحقيق العدل والمصلحة العامة، إذ ينبغي على المجتهد أن يسعى إلى التعرف على كل ما يجلب المصلحة أو يدرأ المفسدة على مقتضى من روح الشريعة، ويقول ابن القيم الجوزية" أنّ السياسة الشرعية ما كان فعلا، يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن المفاسد، وإن لم يضعه الرسول، ولا نزل به الوحي"[[316]](#footnote-317).

كما أن مبدأ العدل الذي قامت عليه الشريعة الإسلامية، يقتضي تقييد استعمال الحقوق الفردية، إذ تدعو الشريعة إلى الإحسان والفضل، وعدم التزيّد في استعمال الحقوق واقتضائها، وهو ما دفع الأصوليون إلى البحث عن مؤيدات لمبدأ العدالة، كمبدأ الذرائع الذي يعتبر توثيقا لمبدأي المصلحة والعدل والاستحسان الذي أخذ به الحنفية تحريا للمصلحة والعدل.

ويقول ابن رشد في هذا المعنى "ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة و العدل"[[317]](#footnote-318) فمن يتّبع مقاصد الشّرع في جلب المصالح و درأ المفاسد حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشّرع، يوجب ذلك[[318]](#footnote-319).

ولما كان مبدأي العدل والمصلحة، يقتضيان النظر في مآلات الأفعال، فإن الإمام الشاطبي يقول :"من الممنوعات في الشّرع إذا وقعت، فلا يكون إيقاعها من المكلّف سببا في الحيف عليه بزائد على ما شُرّع له من الزواجر أو غيرها، كالغصب إذا وقع، فإن المغصوب منه لابد أن يوفى حقه، لكن على وجه لا يؤدي إلى إضرار الغاصب فوق ما يليق به في العدل والإنصاف"[[319]](#footnote-320).

ويواصل الإمام الشاطبي شرحه لذلك، بأن النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصودا شرعا، سواء كانت الأفعال موافقة أو مأذونا بها، أو مخالفة – أي منهي عنها، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة من المكلّفين بالإقدام أو الإحجام، إلاّ بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعا لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ، و لكن له مآل على خلاف ما قُصد منه.

وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، و لكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية، فربما أدى استجلاب المصلحة أو درأ المفسدة هذه، إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعا من إطلاق "توسيع" القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية، بما أدى إستدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية وهو مجال للمجتهد صعب المورد إلا أنه جار على مقاصد الشريعة[[320]](#footnote-321).

وهذا الأصل مفاده، أن كل فعل مقدمة لنتيجة أو وسيلة إلى غايةChaque acte est une introduction à un résultat ou un moyen vers une fin،يقتضي قطعا أو ظنا أو في الكثير غير الغالب إلى مآل "Fin"، إنما هو مفسدة مساوية للمصلحة التي شرّع الحق من أجلها، أو راجحة عليها، ومن ثم فلا يبقى على مشروعيته، لأن العبرة بالنتيجة في تكييف الفعل، وقد تكون هذه النتيجة مناقضة لقصد الشارع.

لذلك يلزم المجتهد احترازا من هذه المناقضة أن ينظر إلى هذه المآلات "النهايات"، فيمنع الفعل أو يأذن فيه على ضوء نتيجته، جريا على سنة الله في اعتبار المصالح في الأحكام دون نظر إلى الباعث أو القصد في إحدى الصور.

وهكذا، فإننا وفقا لهذا الأصل، لا ينبغي أن نقف عند ظاهرة المشروعية، فنقول بمشروعية الفعل حتى في الحالات التي لا تتحقق فيها المصلحة، أو كان تحقيق هذه المصلحة يترتب عليه فوات مصلحة أهم منها، أو حصول ضرر أكبر.

كذلك، فإننا وفقا لذلك الأصل، لا ينبغي أن نقف عند ظاهرة عدم المشروعية في جميع الحالات وتحت كل الظروف، حتى إذا أدى ذلك إلى حصول مفسدة أشد من المفسدة التي كانت مقصودة بالمنع من خلال منع الفعل المؤدي إليها، بل الواجب تحصيل أرجح المصلحتين، ودفع أشد الضررين.

ويقرر الإمام الشاطبي أن الذريعة هي "التوصل بما هو مصلحة إلى مفسدة".

كما يعرّفها القرطبي بأنها "عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه، يخاف من ارتكابه الوقوع في الممنوع"[[321]](#footnote-322).

ولا خلاف بين العلماء، على أنه لا يجوز التذرع بأمر ظاهر الجواز، لتحقيق أغراض غير مشروعة، لما في ذلك من مناقضة المشروع عينا، ولهدم قواعد الشريعة، وإن كان ثمة خلاف قد وقع فيما يخص التذرّع.

أما في مجال قصد الإضرار بالغير، أو الباعث غير المشروع، فإنه رغم الاتفاق هنا على المنع، فإنه نظرا لأن النية والبواعث من الأمور الباطنية التي يصعب أو يتعذر الوصول إليها، فإنهم اكتفوا بمظنة القصد، كإصرار صاحب الحق على استعماله بوجه يلحق ضررا بغيره، على حين يسعه و يمكنه أن يلجأ إلى تحصيل مصلحة بوجه آخر لا يضر به غيره.

كما استدلوا أيضا على مظنة القصد ، بتفاهة المصلحة التي يحققها من استعمال حقه، متى ترتب عليها ضرر للغير يزيد عليها ، كما رأى الإمام مالك في تحريم استعمال الحق إذا كان يؤدي إلى المفسدة لا قطعا و لا ظنا، و إنما يؤدي إلى كثرة وقوع المفسدة.

واستند ترجيحه في النفع والتحريم إلى أصل اعتبار المآل La fin en considération، وقاعدة سد الذريعة، والسياسة الشرعية في التحريم، وهو ما ذهب إليها أيضا الإمام أحمد.

وهكذا يتبين من استقراء الأحكام والقواعد الشرعية، أن علماء الشريعة الإسلامية قد عرّفوا المصلحة بكل معانيها، وأن من بين هذه المعاني، معنى المنفعة التي تعود على صاحب الحق.

وقد وضعوا لها ضوابط حتى لا تعبر عن لذة موافقة لهوى النفس أو رغباتها الجامحة، لأن الأحكام شرّعت لانتظام أمور الدنيا، بدفع العدوان والمظالم، وتقييد النفوس لكبح جماحها، والحد من شهواتها، لذلك ضبطوا معناها بما يقيدها، بالمحافظة على مقصود الشرع منها، ودفع المفاسد، لأن جلب المنفعة كدفع المفسدة كلاهما تشمله كلمة مصلحة.

**البند الثاني : صور التعسّف وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.**

وفقا لمنطق الشريعة الإسلامية فيما يخص معرفة التعسّف عن طريق عنصر المصلحة، فإنه وتبعا لذلك تتجلى صور يمكن حصرها فيما يلي:

**الصورة الأولى: غياب المصلحة في استعمال الحق.**

فلا يجوز لصاحب الحق أن يستعمل حقه دون مصلحة يحققها لنفسه، وفي ذات الوقت يضر عمله هذا بالغير، ولقد أخذت هذه الصورة مظهرين، مظهر إيجابي حيث يستعمل صاحب الحق حقه في صورة عمل إيجابي دون منفعة ظاهرة له، ومظهر سلبي حيث يمنع غيره من إتيان عمل معين – استنادا لحق الأول في هذا المنع – دون منفعة تعود عليه من ذلك.

ومردّ ذلك، أن الحقوق مقيدة بتحقيق المصالح، تفريغا على الحكم العام، لأن الأحكام شرّعت لتحقيق مصالح العباد في الدارين.

ومثال التعسّف في استعمال الحق في صورته الإيجابية، منع المالك من استعمال حقه إذا لم يكن له في ذلك مصلحة من جلب منفعة أو دفع مفسدة، حيث قضى بأنه" إذا كانت له في أرضه شجرة، فخرجت عروقها لأرض جاره، فنبتت وصارت شجرا مثمرا، فإن من نبتت في أرضه، مخير بين أن يقلعها، أو يعطيه قيمتها مقلوعة، إلاّ أن يكون لصاحب الشجرة منفعة، لو قلعها وغرسها بموضع آخر لتنبت، فله قلعها وأخذها، وإن كانت لا منفعة له فيها، ولا مضرة عليه فيها، فهي لرب الأرض.

كما قضي أيضا بأن طلب الدائن حبس المدين المماطل الممتنع عن الأداء "وهي وسيلة شرّعت لإكراه المدين وإظهاره ما أخفاه من ماله" يعد هذا الطلب تعسّفيا من جانبه، إذا كان من المؤكد أن المدين معسرا، إذ يبدو في المطالبة بحبس المدين هنا –وهو حق مقرّر للدائن اتجاه مدينه المماطل– من دون مصلحة للدائن فيه، ويقول العلامة العز بن عبد السلام الشافعي في هذا الشأن:"إن ثبت عسره فلا يجوز حبسه حتى يثبت يساره" [[322]](#footnote-323).

هذا من الصورة الإيجابية لانعدام المصلحة ، أما الجانب السلبي لها، فنجده عند امتناع صاحب الحق وفقا لسلطاته المخولة لها، عن أن يأتي عملا مفيدا أو نافعا للغير، بحيث يؤدي هذا الامتناع إلى الإضرار بالغير، ومثال ذلك إذا رفض المالك تجديد عقد الإيجار إضرارا بالمستأجر ودون منفعة تعود عليه ، أو إذا رفض الدائن قبول وفاء دينه قبل موعده -في حالة القرض بالفوائد-، ودون ضرر يصيبه .

**الصورة الثانية : تفاهة المصلحة في استعمال الحق.**

ويختلف الأمر هنا في كون أنه لا تنعدم المصلحة في جانب ممارس الحق، وإنما توجد ثمة مصلحة ولكنها مصلحة تافهة، ممّا يدفع إلى الاعتقاد بوجود التعسّف.

وتستند هذه الصورة إلى إقامة العدل بين الناس والتوازن بين المصالح المتعارضة، وعلى ذلك فاستعمال الحق بما يحقق مصلحة تافهة بالنظر إلى الضرر الذي يصيب الغير، يعد إخلالا بهذا التوازن، ومن ثم فهو معيار موضوعي مادي ينظر فيه إلى ثمرة الأفعال ونتائجها.

وإذا كان المعيار يعني أن تكون المصلحة تافهة بالمقارنة مع الضرر الذي يصيب الغير، بمعنى أن يكون الضرر راجحا لأية درجة من الرجحان حتى يمكن القول بالتعسّف، أي حتى ولو كان الضرر راجحا على المصلحة رجحانا بسيطا، فإن ثمة حالات أخرى قد يشترط – لطبيعة الحق ذاته – أن يكون الضرر راجحا رجحانا كبيرا، أي أن يكون الضرر فاحشا كما هو الحال في علاقات الجوار.

ومن أمثلة المعيار في صورته العامة، ما قضى به الرسول عليه الصلاة والسلام، في قضية سمرة بن جندب، بقلع النخلة دفعا للضرر الأشد بالأخف، إذ روى أبو داود في سننه، من حديث أبي جعفر بن علي – أنه حدث لسمرة بن جندب أنه كان له عذق من نخل في حائط رجل من الأنصار ومع الرجل أهله، وكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأدى به، وشق عليه، فطلب إليه أن ينقلها فرفض .

فذهب إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، فذكر له ذلك، فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعها فرفض، فطلب إليه أن ينقلها فرفض، فطلب إليه أن يهبه له و له كذا و كذا فرفض ، فقال له الرسول صلى الله عليه و سلم : أنت مضار "يعني متعسّف" ثم قال صلى الله عليه وسلم للأنصاري : اذهب فاقلع النخلة[[323]](#footnote-324).

و يقول ابن القيم الجوزية ، تعليقا على ذلك " وإن كان على صاحب الشجرة في ذلك ضرر يسير، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم ، فإن الشارع يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباه من أباه"[[324]](#footnote-325).

فقد أجرى عليه الصلاة والسلام، موازنة بين المنفعة التي تعود على صاحب الشجرة، والضرر الذي يصيب صاحب الدار، وإذ وجد مصلحة مالك الشجرة تافهة، فقد قضى بخلعها، منعا من تعسف صاحب الشجرة .

**الصورة الثالثة : عدم مشروعية المصلحة.**

وهذه الصورة كانت منذ القديم مرتبطة بضرورة عدم وجود نص يعارض هذه المصلحة أو يلغيها، فينبغي أن تكون المصلحة مشروعة، لا تعارض نصا في الكتاب أو السنّة، أو تخالف إجماعا.

ولقد عرّف الإمام الغزالي، معنى المصلحة، بأنها المحافظة على مقصود الشرع، وأن كل ما يتضمن المحافظة على أصول الشرع هو مصلحة، وكل ما يفوّت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعه مصلحة[[325]](#footnote-326)، وهكذا ينبغي أن تكون المصالح معتبرة شرعا حتى يمكن القول بها.

وإذا كانت مشروعية المصلحة هنا تبدو لازمة، فإن معناها الذي نقصده لها هنا، يعد أشدّ لزوما، ذلك أنها "الفائدة أو ناتج العمل" الذي يعود على صاحب الحق.

وليس هناك شك، في أن الحقوق في نظر الشارع، هي وسائل لتحقيق المصالح ودفع المفاسد، ومن ثم فإن المصالح هنا بحسبانها فكرة غائية تتصل بثمرة العمل، ينبغي أن تكون من المصالح التي تتفق مع التشريع أو مع المصالح التي عناها المشرّع و قرّر من أجلها الحق، أي ينبغي أن تكون المصالح المشروعة من نوع المصالح المقصودة في التشريع، وما يتفق مع حكمة الحق المقرّرة، التي عناها الشارع الحكيم، فحق الإنسان هو ما تترتب عليه مصلحة الإنسان[[326]](#footnote-327).

فالمصلحة الأنانية لا يسوغ الأخذ بها، وإنما ينبغي ألا تتعارض مع التشريع العام في الفقه الإسلامي وفي حدود الإطار التشريعي العام، لأن الحكم الذي جاء به النص هو الذي يحقق المصلحة، ولا مصلحة في غيره، وما لم يرد فيه بعينه نص يعطي حكما يحقق مصلحة من نوع المصالح التي نص الشارع على تحقيقها، أو مصلحة من جنس هذه المصالح، فإن المصلحة التي لا تشهد النصوص الشرعية بنوعها ولا بجنسها هي مصلحة مردودة بالاتفاق، وتعد مصلحة غريبة، وهي التي رأى الإمام الغزالي والإمام الشاطبي الإجماع على عدم الأخذ بها[[327]](#footnote-328).

وهكذا يتبين أن الفقه الإسلامي، قد قال بمعيار المصلحة ليست مصدرا للتشريع ومنبتا، لأحكامه فحسب، وإنما قد قال بها أيضا بحسبانها غاية التشريع و الأحكام.

ومن ثم أصبحت المصلحة قيدا على استعمال الحق، يتعين على صاحبه أن يحقق به غايته، وهذا القول ينتمي إلى أصل من الأصول الشرعية،وهو أصل اعتبار المآلات في الأفعال.

وأهم تطبيق لذلك هو قاعدة سد الذرائع، والمعيار هنا هو معيار موضوعي لا شأن له بنية صاحب العمل أو قصده، وإنما يعتد بنتائج العمل وثمرته، حيث تتقرر مشروعية العمل أو التعسّف فيه، بالنظر إلى نتائج العمل من تحقيق المصالح و درأ المفاسد.

وفي كل مرة يتعين على القاضي أو المجتهد، أن يقدّر ما إذا كان استعمال الحق من شأنه أن يحقق مصلحة لصاحبه أو لا يحقق له ذلك، ثم عليه إذا ما انتهى إلى قيام المصلحة في العمل، أن يقدّر هذه المصلحة فيقول برجحانها أو تفاهتها، بالنظر إلى الأضرار التي تصيب الغير، فإذا كانت المصلحة راجحة، فلا تعسّف ولا مسؤولية، وكذلك إذا كانت مساوية للضرر فيبقى العمل مشروعا، أما إذا كانت المصلحة تافهة، والضرر الذي يصيب الغير أكبر، أو كانت المصلحة غير مشروعة، فإننا نكون أمام التعسّف في استعمال الحق.

**البند الثالث : القواعد الشرعية في تطبيق معيار التعسّف.**

يتعين على القاضي أو المجتهد أن يبحث عن المصلحة أو المنفعة، التي تعود على صاحب الحق من استعمال حقه، و في كل الأحوال، فإنه ينبغي أن تتحقق مصلحة من تقرر الحق له، حتى إذا ما قال بوجودها، تعين عليه أن يوازن بينها وبين الضرر الناتج للغير، نتيجة هذا الاستعمال، حتى يمكن القول بأهميتها أو جديتها، ثم القول بمشروعيتها، أي اتفاقها مع أحكام التشريع.

ولعلّ هذا المعيار يعتمد على قواعد وضوابط للموازنة، اعتنى بها الفقه الإسلامي، تعد بمثابة ضوابط وأدوات فنية للمجتهد أو القاضي للوصول إلى القول بجدية المصلحة أو تفاهتها.

وهذه القواعد تتمثل في :

- قاعدة الضرر يزال.

- قاعدة الضرر الأشد يزال بالأخف.

- قاعدة تحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام.

- قاعدة درأ المفاسد مقدم على جلب المصالح.

- قاعدة الضرر يُدفع بقدر الإمكان.

- قاعدة الضرر لا يزال بمثله.

* **قاعدة الضرر يزال :** [[328]](#footnote-329)

وتستند هذه القاعدة إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا ضرر و لا ضرار"، فإذا كان الضرر واقعا فيجب إزالته، وإذا كان متوقعا فيجب دفعه، استنادا إلى القاعدة الشرعية التي تقول **"يدفع الضرر بقدر الإمكان"**.

* **قاعدة الضرر الأشد يزال بالأخف :**[[329]](#footnote-330)

وهذه القاعدة تحكم التعارض بين المصالح الخاصة، أو بين مصالح خاصة ومصالح عامة.

ومن ثم فإنه تتفرع منها قاعدة أخرى هي: "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام".

فيتم اختيار أهون الشرين، وضابط هذه القاعدة، هو الموازنة بين ما يترتب على استعمال الحق من منفعة لصاحبه، وما ينتج عن هذا الاستعمال من مضرة، سواء لحقت الفرد، أو جماعة من المجتمع[[330]](#footnote-331)، فإذا كان الضرر اللازم أقل من المنفعة لم يمنع التصرف، ولا يعد مسؤولا إذا كان قد تصرف فعلا.

* **قاعدة تحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام :**[[331]](#footnote-332)

وتعتبر هذه القاعدة متفرعة عن القاعدة السابقة، وما يعنينا هنا أن عمومية الضرر لا يعني أن يتصل ذلك بمصلحة عامة فقط، بأن يكون الضرر متصلا بالمجتمع ككل، وإنما يكفي أن يكون الضرر متصلا بجماعة من الناس، ففي هذه الحالة ينبغي الموازنة بين الضرر الناتج عن حرمان صاحب الحق من استعمال حقه، وبين الضرر الذي يصيب جماعة من الناس نتيجة استعماله لحقه وتحقيق مصلحته، فتتقدم مصلحة العموم التي تخص جماعة من الناس، على ما يخصه من مصلحة فردية.

وسبب ذلك كله هو رجحان المصلحة، لأن الشريعة الإسلامية تعتبر مجرد التسبب في نشوء المفاسد الراجحة ممنوع، ووسيلة ذلك، الموازنة والترجيح بين المصالح المتعارضة، وهو معيار موضوعي مادي.

* **قاعدة درأ المفاسد مقدّم على جلب المصالح** :

ومفاد هذه القاعدة أنه إذا كانت المفاسد راجحة، وكان ذلك في غير ضرورة، فإنه إذا تعارضت هذه المفسدة الراجحة مع المصلحة، تم تقديم دفع وإبعاد المفسدة الراجحة، أما إذا كانت المفسدة تافهة بالنظر إلى المصلحة الراجحة، فيتم تقديم جلب المصلحة.

* **قاعدة الضرر يدفع بقدر الإمكان :**[[332]](#footnote-333)

وقد وضع الفقهاء هذه القاعدة لدفع ضرر متوقع، فكل فعل يؤدي إلى ضرر راجح يقينا أو ظنيا ويمكن دفعه يكون ممنوعا، دفعا للضرر بقدر الإمكان، وتمثل هذه القاعدة الدور الوقائي الذي تضطلع به فكرة التعسّف.

* **قاعدة الضرر لا يزال بمثله:**[[333]](#footnote-334)

ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا كان هناك ضرر يلحق بالغير نتيجة استعمال صاحب الحق لحقه وكان هذا الضرر مساوي للضرر الذي ينتج عن حرمان صاحب الحق من استعمال حقه، فهنا لا يجوز إزالة الضرر الذي يلحق الغير، بأن يحرم صاحب الحق من استعمال حقه.

وما نخلص إليه، أنه إذا كان القول بوجود المصلحة أو غيابها سهلا على القاضي أو المجتهد مع مراعاة ضوابط المصلحة، فليست المصلحة معبّرة عن الملذات والهوى، وإنما المصلحة الموافقة لقصد الشارع نوعا أو جنسا، فالمصلحة التي لا تتفق وأحكام الشريعة لا يعتدّ بها.

وإذا كان القول بوجود المصلحة أو غيابها سهلا، فإن القول بجدية المصلحة أو تفاهتها، تبدو مشكلة صعبة ومعقدة، تواجه الفقه القانوني عند التطبيق، -مرحلة التقاضي-، إذ تتصل بتقدير المصلحة وتقييمها، ولذلك وجب الإعتماد علي المعايير التي ذكرناها، والتي اوجدها فقهاء الشريعة الإسلامية، حتى يتمكن القاضي من إكتشاف وجود التعسّف في ممارسة حق معين أو عدم وجوده، أو وجود أهمية ومصلحة في ممارسته، أو أن الأمر فيه هدف خفي هو الإساءة للغير لا أكثر ولا أقل.

**الفرع الثاني:التعسّف في الحق وفقا لأحكام القانون المدني المقارن.**

مردّ أن يرد عنوان هدا المطلب بهذه الصيغة أن قانون العمل 90/11 في مادته 73– 1 من نص على أن تحديد الخطأ الجسيم المرتكب من طرف العامل يجب أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف التي ارتكب فيها الخطأ وأهميته ودرجة خطورته والضرر الذي حصل بسببه، وسلوك العامل اتجاه الممتلكات، ممّا يدفع إلى القول بوجود المعايير التي أوجدها الفقه الإسلامي، والتي ذكرناها سابقا، المتمثلة على الخصوص، في النظر إلى مآلات الأفعال والمصلحة المرجّحة وقيمة الضرر... الخ.

وسندرس كل ذلك عبر البنود التالية :

**البند الأول : معايير التعسّف وفقا لأحكام القانون المدني.**

أورد القانون المدني الجزائري المعدل والمتمّم، حالات تعتبر بمثابة معايير للتعسّف، وذلك بنص المادة 41 قبل تعديلها والتي لم تنص على فكرة الخطأ.

إلاّ أن المشرّع الجزائري عدّل المادة 41 بنص المادة 124 مكررمن القانون المؤرّخ في 20 جوان 2005، التي نصّت على "يشكّل الإستعمال التعسّفي للحق خطأ، لا سيما في الحالات الآتية:

* إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
* إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
* إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

وهو نفس ما نصّ عليه القانون المدني المصري في المادة 5 التي نصت على أنه :

" يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

1. إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
2. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البثّة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
3. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة".

وواضح أن المشرّع الجزائري أراد أن يعطي للقاضي ما أخذه منه بشأن ترك الحرية له في تقدير ما إذا كانت الحالة المعروضة أمامه تشكل تعسّفا أم لا.

ذلك أن القاضي سيجد نفسه مجبرا للبحث في وجود الطابع التعسّفي للفعل، ثم إعطائه وصف الخطأ، لتتم معاقبة مرتكبه.

فهناك مرحلتين يمر بهما القاضي المدني الجزائري للوصول إلى تحميل ممارس الحق مسؤولية ما ينجم عنه من ضرر.

ونعتقد أن هذه الخطوة التي أقدم عليها المشرّع الجزائري بقانون 20/05/2005 تعتبر تطورا في مجال إعطاء الحرية للقاضي في تقدير ما يعرض عليه، بعكس المشرّع المصري الذي نص في المادة 5 المذكورة سابقا على أن استعمال الحق يكون غير مشروع في الأحوال التي ذكرناها سابقا، أي بيّن الأحوال التي يكون فيها التعسّف، بحيث لم يستعمل عبارة: "لا سيما في الحالات الآتية:" وبالتالي لا يمكن التوسّع فيها: وهو بهذا أخذ بالمعيارين، المعيار الذاتي الشخصي : "الحالة الأولى و هي قصد الإضرار بالغير".

والمعيار الموضوعي "الحالتين الأخيرتين"، لكون أن موضوع التعسف لا يمكن لأحد المعيارين استيعابه لوحده.

إلا أن المشرّع المصري لم يعتبر أن وصف التعسّف يشكل خطأ وإنما يشكل انعداما للمشروعية بحيث نص على عدم شرعية التصرف وليس وصف التعسّف، وعدم المشروعية هذه لم ينص المشرّع المصري على الجزاء الموقع عليها فيما إذا كان تعويضا يعطى للشخص الذي كان ضحية لهذا الاستعمال غير المشروع، أم أن الأمر يتعلق بإبطال هذا التصرف وكل الآثار الناجمة عنه ؟

وفي الحقيقة، فإن عدم وجود نص أو فقرة خاصة بالجزاء الموقع على عدم مشروعية التصرّف قد يضع القاضي في مأزق البحث عن الأرضية القانونية التي يؤسس عليها حكمه بالتعويض، إذا ما عرضت عليه قضية من طرف أحد ضحايا التصرف غير المشروع لصاحب الحق.

إلا أن ما يعاب على المشرّع الجزائري، وبالرغم من وضعه لعنصر الخطأ كشرط للحد من التعسف، أن ذلك سيؤدي إلى إفلات من يثبت بأنه تصرف بشكل عادي، وأن ذلك التصرف لم يكن خطئيا،يعني لم تكن فيه نية الأضرار L’intention de nuire، وأنه جلب له مصالح كبيرة، فهل يكون متعسّفا، إذا ما تحصّل على مصلحة كبيرة، جرّاء ممارسته لهذا الحق، وفي نفس الوقت أضر بالغير؟

رأى بعض الفقهاء[[334]](#footnote-335) أن هذه الحالة يكون فيها صاحب الحق متعسّفا، ولو تحصل على منفعة ناجمة عن ممارسة هذا الحق، وذلك تطبيقا للمعيار الموضوعي، بينما لو اعتمدنا على المعيار الشخصي، فإنه يصعب معرفة ما إذا كان هناك تعسّف، لأنه يتوقف على معرفة النوايا والبواعث، ومن المتعذر الإطلاع على ما تخفيه النفوس من بواعث حقيقية للتصرفات .

إذن يبقى معرفة ما إذا كان هناك قصد للإضرار بالغير، هو الذي يمكّن من معرفة ما إذا كان ممارس الحق قد أخطأ أم لم يخطئ بالنسبة للقانون الجزائري، أو أنه تصرف تصرّفا غير مشروع بالنسبة للقانون المصري، أو أن تصرفه أدى إلى ضرر فادح بالغير، حسب القانون المغربي الذي لم ينص صراحة على التعسّف ولكن المادة 94 تمكن القاضي من إعمال سلطته التقديرية لمعرفة ما إذا كان هناك قصد الإضرار بالغير[[335]](#footnote-336).

ولعلّ القانون المغربي تأثر إلى حد كبير بالقانون المدني الفرنسي، الذي لم ينص هو الآخر صراحة على التعسّف، ولكن محتوى المادتان1382 و1383 اللتان تنصّان تباعا على أن الفعل الذي يرتكبه الشخص ويسبّب ضررا للغير، أن يلتزم بإصلاح هذا الضرر، ثم المادة 1383 التي تنص على أن كل شخص مسؤول عن الضرر الذي سبّبه ليس فقط بفعله، وإنما أيضا بتهاونه أو عدم يقظته.

فقد إعتمد القضاء الفرنسيفي معرفة ما إذا هناك تعسّف في ممارسة حق معين، على نية الإضرار، بحيث يشكل ذلك خطأ، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن ممارسة الحق، يمكن أن تشكل خطأ إذا كان صاحبه لديه غرض الإضرار أو صفة الاستعمال المضر [[336]](#footnote-337)

"L’exercice d’un droit peut constituer une faute lorsque le titulaire de ce droit en fait, à un désir de nuire,ou un usage préjudiciable à autrui"

فلم يمنع عدم وجود حديث مباشر عن التعسّف، إمكانية الوصول إلى وجوده عن طريق إعمال النص العام المتمثل في المادة 1383، وأن هذا هو أقرب إلى معايير الفقه الإسلامي، بحيث يجب دائما النظر إلى مآلات الأفعال أي إلى نتائجها، وما تسبّبه من ضرر، مقارنة بما تجلبه من مصلحة لممارسها.

إن المشرّع الجزائري، ولما نص على أن الاستعمال التعسفي للحق يشكل خطأ،إنما أعطى إزدواجية لا مبرّر لها، بخصوص معالجة التعسّف، فالتعسّف ودون حاجة لأن نربطه بالخطأ هو تصرف مرفوض ومعاقب عليه لذاته بالرغم من أنه مرتكز في بدايته على ممارسة حق مشروع.

بينما كل فعل يسبب ضررا للغيرTout fait quelconque qui cause a autrui un dommageهو فعل خاطئ منذ بدايته، كأن يقوم شخص بالاعتداء بالضرب على شخص آخر، أو سرقة ما يملكه، أو أن يمزّق وثائق زميله في العمل، فهذه التصرفات خاطئة منذ بدايتها، ولا ترتكز البثّة على أية شرعية، وهي التي تحتاج لوحدها من أن نعطيها الوصف الخاطئ Caractère fautif ، إضافة إلى حالة التخطيط للإضرار بالغير، بالرغم من كونها مرتكزة على ممارسة حق مقرر، قانونا[[337]](#footnote-338) .

فيتضح أن معيار الإضرار بالغير، هو الذي يمكّننا من معرفة مدى وجود تعسف في ممارسة الحق، ولن يستطيع القاضي تطبيقه،والوصول إلى معرفة حقيقة التعسّف، إلاّ بملاحظة ما أدّى إليه التصرف من نتائج، ومقارنة مصلحة ممارس الحق مع مصلحة الغير أو الجماعة أو المجتمع، وفي هذا استفادة كبيرة من معايير الفقه الإسلامي التي ذكرناها سابقا.

**البند الثاني : تطبيق معايير التعسّف في إنهاء علاقة العمل.**

من خلال ملاحظة معايير التعسف طبقا للقواعد العامة، يتضح أن لها صورا تتعلق بعلاقة العمل عندما يمارس المستخدم حقه في التسريح التأديبي، إلا أن تلك الممارسة تحمل نية سيئة أو بعيدة عن المشروعية، أو أن غرضها هو الإضرار بالعامل، أو لتفاهة المصلحة التي يريد رب العمل تحقيقها عند مقارنتها بالخطأ اليسير الذي ارتكبه العامل، أو وجود أسباب أخرى غير مشروعة، تتراوح بين الإهمال والتسرّع في الإنهاء أو غياب الأسباب الحقيقية والجدية لهذا الإنهاء.

وسنتعرض لهذا تباعا بحسب ما يلي :

**1. إلحاق الضرر بالعامل :**

وهو ما يقابله بالفرنسية L’intention de nuire فإذا لم يتوفر قصد إلحاق الضرر بالعامل، فلا نقول بوجود التعسّف، إلاّ أنه يصعب الوقوف على هذا القصد، ذلك أنه من الصعب البحث في النوايا والمقاصد، لذلك ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنه لا يجب الاعتماد على القصد فقط، بل أن ينحرف رب العمل عن سلوك الرجل العادي المألوف.

فرب العمل، وهو يستعمل حقه، قد يلحق ضررا بعامله، من أجل تحقيق مصلحة مشروعة لنفسه، فلا يعدّ في مثل هذه الحالة متعسّفا في استعمال حقه، لأن مصلحته هنا ترجح رجحانا كبيرا على الضرر الذي يصيب العامل، بعكس ما إذا ظهرت نية إلحاق الضرر عند صاحب العمل وهو يستعمل حقه في الإنهاء، فإنه يكون متعسّفا، حتى ولو رافق هذا القصد جلب منفعة له.

ويجب على العامل المضرور، أن يثبت بأن صاحب العمل قصد إلحاق الضرر به، وله أن يستعمل في ذلك جميع طرق الإثبات، بما في ذلك القرائن المادية.

ومن الأمثلة على إلحاق الضرر بالعامل قيام رب العمل بفصله انتقاما من كونه نفّذ حكما قضائيا تضمّن الحجز على منقولات للمؤسسة، أو بسبب رفعه لدعوى قضائية يطالب فيها بحقوقه المالية المتأخرة[[338]](#footnote-339) أو بسبب شهادته ضد رب العمل إلخ.

**2. تفاهة المصلحة في الإنهاء، وعدم تناسبها مع الضرر الذي يلحق بالعامل:**

وفي هذه الحالة تكون النظرة موضوعية، فتتم معرفة التعسّف بحسب قيمة المصلحة التي يتحصل عليها رب العمل، مقارنة بما سيلحق العامل من أضرار، ومثالذلك، ارتكاب العامل لخطأ تافه، كأن تكون مخالفة بسيطة جدا لأوامر الرئيس، لم ينجم عنها أي ضرر.

أو أن يقوم رب العمل بإدعاء سبب للإنهاء غير حقيقي، كأن يصرّح بأن الدافع هو وجود نقص في الإنتاج في المصلحة التي يشرف عليها العامل الأجير، ويقوم في نفس الوقت بتشغيل عامل أقل مستوى وخبرة من العامل المفصول، اعتبارا من أن العامل الجديد هو أحد أقارب رب العمل، وفي هذا الصدد يقول Jean Guyenot :

«L’abus ne se limite pas dans la résiliation du contrat décidé à l’intention unique de nuire, mais il peut également se manifester lorsque la résiliation accomplie dans le but de nuire, à pour résultat accessoire de procurer un profit personnel à son auteur».

**3.عدم مشروعية المصالح التي يرمي صاحب العمل إلى تحقيقها :**

فنكون أمام تعسّف رب العمل وهو يمارس حقّه في الإنهاء، إذا كانت المصالح المراد تحقيقها غير مشروعة، فليس من السلوك المألوف للشخص العادي، أن يلجأ تحت ستار استعماله لحقه، إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، كأن يقوم رب العمل بتسريح العامل قبل نقل ملكية المؤسسة إلى الغير، لمنع استمرار عقد عمله مع صاحب العمل الجديد، بالرغم من أن الخطأ الذي ارتكبه العامل تافه، ولم تنجم عنه أية أضرار للمؤسسة أو أحد الزملاء، أو أن يقوم رب العمل بفصل العامل تأديبيا لمجرد رفضه الحضور في سهرة غير أخلاقية أقامها رب العمل، أو أنه قام بفصله لأنه رفض نقل مخدّرات أو مشروبات كحولية أو أشياء مسروقة إلى منزله، لتعارضها مع قناعاته.

كما يعتبر التسريح تعسّفيا، إذا كان راجعا لممارسة العامل لشعائر عقيدته الدينية طالما أن هذه الممارسة لا تؤدي إلى الإضرار بالغير.

وأما ما اصطلح عليه في قانون العمل الفرنسي بغياب الأسباب الحقيقية والجدية، فإن قانون العمل الفرنسي الصادر بتاريخ 13/07/1973، اشترط أن يكون إنهاء عقد العمل غير محدّد المدة مدعما بأسباب حقيقية وجدية.

فلقد ألزمت المادة 122/14 تبيين الأسباب الحقيقية والجدية للتسريح، وأن المادة 122/14 – 3 ألزمت رب العمل تبيين السبب أو الأسباب الحقيقية والجدية للتسريح، عندما يطالب العامل بدلك كتابيا، وأن القاضي، في حالة النزاع، يقدّرالطابع الحقيقي والجدي للأسباب التي يدّعيها رب العمل، وأن يكوّن اقتناعه من العناصر التي قدمها الأطراف، بعد اتخاذ إجراءات التحقيق التي يراها صالحة[[339]](#footnote-340).

ونظرا لكون المشرّع الفرنسي لم يحدّد مفهوم السبب الحقيقي والجدي، وترك ذلك للفقه والقضاء، فإنه حدث انقسام بين الفقهاء، ذهبت على إثره الغالبية العظمى منهم إلى القول، بأن التسريح الخالي من السبب الحقيقي هو الذي يعدّ من قبيل التعسّف، في حين ذهب البعض الآخر إلى أن التسريح غير المبرر بسبب حقيقي وجدّي لا يلحقه وصف التعسّف وإنما يكون صاحبه فقط تجاوز حدود حقه[[340]](#footnote-341).

وإذا ما أردنا تتبّع مفهوم السبب الحقيقي والجدي، فإن السبب لا يكون حقيقيا إلا إذا كان موجودا Existence du motif، فالتسريح الذي يكون خاليا من أي سبب، يكون مشوبا بالتعسّف، وأن يكون السبب صحيحا، أي أن يكون ثابتا، ولا يتغير عبر الزمان.

فإذا أثار رب العمل أمام المحكمة سببا للتسريح لم يقم بتبليغه للعامل الأجير، فإن القاضي يمتنع عن دراسة مدى حقيقة وجدية هذا السبب، وبالتالي عدم دراسة الوقائع التي تحدث بعده[[341]](#footnote-342).

ولابد للقاضي وهو يدرس محتوى رسالة التسريح، أن يتعرّض لكل الأسباب التي تحتويها، وتلك المثارة في الاستماع الأولي، إضافة إلى ضرورة ارتباط قضاة الموضوع بطبيعة السبب المثار، فليس لهم الحلول محل رب العمل و إعطاء تأسيس للتسريح على غير السبب المذكور في رسالة الإنهاء La lettre de rupture.

ولهذا، قضت محكمة النقض الفرنسية، بأنه:"لا يحق لمجلس الاستئناف التمسّك بسبب اقتصادي غير مثار، لتبرير تسريح متّخذ بسبب خطأ جسيم، في حين أن هذا التسريح لا يمكن تبريره إلا بمعاينة خطأ العامل[[342]](#footnote-343) فغياب السبب الحقيقي ولجدي يجب ذكر غيابه فقط، وقبل ذلك[[343]](#footnote-344)يكون لقضاة الموضوع البحث فيما إذا كانت الوقائع المرتكبة لا تشكل سببا حقيقيا وجدّيا.

فيتضح أن محكمة النقض الفرنسية، ترفض إعطاء القاضي إمكانية إنقاذ Sauver التسريح التأديبي بالقول أن الوقائع لا تشكل خطأ ولكنها مع ذلك تعتبر أسبابا حقيقية وجدية[[344]](#footnote-345).

يبرز إذن من هذه المبادئ، أن القضاء الفرنسي لا يعترف لرب العمل بأدنى حق في الخطأ، فإذا كانت الوقائع موجودة و تبرر وجود التسريح، ولكن السبب تم اختياره بطريقة غير سليمة Mal choisie، فإن التسريح يكون من دون سبب حقيقي و جدي.

ومن تمّ يبدو أن هناك نوع من التشدّد، ولكنه تشدّد مبرّر إلى حد كبير، ذلك أنه لا يجوز للقاضي أن ينصّب نفسه منصب رب العمل، للقول بوجود طابع معين للسبب المثار لتبرير التسريح، فهذه الإمكانية تعود لرب العمل وحده Cette prérogative n’appartient qu’à l’employeur lui seul، فإذا كان رب العمل ملزم بالاختيار الأحسن في تحديد السبب، فإنه لا مانع عليه من إثارة عدّة أسباب، فإنهاء عقد العمل يمكن أن يرتكز على أسباب متعدّدة، وهذه الإمكانية منصوص عليها في المادة 122–14– 2 من قانون العمل الفرنسي.

غير أن إمكانية ذكر أسباب متعدّدة، وكما تؤكّده محكمة النقض الفرنسية، مرهون بتوافر الشرطين الآتيين[[345]](#footnote-346):

**الشرط الأول :** احترام رب العمل للإجراءات المتعلقة بكل سبب من أسباب التسريح:

ولكن هذا لا يعني القيام بإجراءين منفصلين، بل يعني فقط قيامه بمجموعة الالتزامات الخاصة بكل فرضية، فإذا كان رب العمل يؤسس إجراء الإنهاء على عدم قدرة العامل l’inaptitude de travailleur ، فإن وجود السبب التأديبي Motif disciplinaire، لا يعفيه من احترام الالتزامات المتعلقة بهذا السبب، وهذا يعني ضرورة إحترامه للمعاينة الخاصة بعدم القدرة Constat d’inaptitude،والوفاء بالتزاماته الخاصة بإعادة ترتيب العمال الغير قادرين.

**الشرط الثاني :**

لا يمكن لرب العمل إثارة أسباب مختلفة، إلا إذا كانت هذه الأسباب ناتجة عن أفعال مختلفة Que si les Motifs différents procèdent de faits distincts.

بمعنى آخر، ترفض محكمة النقض الفرنسية، الاعتراف لرب العمل بالاستفادة من الشك، فعن التردد في معرفة طبيعة السبب المثار، فإن رب العمل لا يمكنه انطلاقا من أفعال محددة وظاهرة أن يعتمد على مراكز أخرى لا علاقة لها بهذه الأفعال، ولا يحق للقاضي تكييف سبب الإنهاء عملا بالمبدأ المذكور وهو عدم إفادة رب العمل بالشك.

وتجب الإشارة أيضا، إلى أن محكمة النقض الفرنسية عبّرت عن عدم وحدة اتجاهها،فبالإطلاع على قرار لها في 23/09/2003، اعتبرت أنه في حالة تواجد مزدوج لسبب شخصي واقتصادي، فإنه يتم الإعتماد، على السبب الذي كان أوّليا وحاسماCause première et déterminante .

وتطبيقا لهذا المبدأ، فإن القاضي يجب عليه استخلاص جدية تأسيس التسريح بناءا على هذا السبب لوحده، بمعنى آخر أن القضاء يشير صراحة إلى رفضه إعطاء رب العمل إمكانية الجمع بين سببين لطبيعتين مختلفتين.

وفي حقيقية الأمر، إذا كان السبب الحاسم Motif déterminant لا يرتكز على سبب حقيقي وجدي Cause réelle et sérieuse، فإن قضاة الموضوع لا يتعرضون للسبب الثاني، وهذا الحل يعتبر صعب التلاؤم.

فإذا كانت محكمة النقض الفرنسية تسمح لرب العمل بإثارة سببين مختلفين، إذا كانا ناجمين عن واقعتين مختلفتين، فلماذا تمنعه من الجمع Cumul بين السبب الشخصي والسبب الاقتصادي عند تحقق هذا الشرط، وهو اختلاف الواقعتين؟

فالمفروض، أنه ليس اعتبارا من كون السبب الاقتصادي يعرّف عبر تعارضه مع السبب الشخصي، أن نقوم بإلزام رب العمل باختيار سبب معين، مضحّيا بالسبب الآخر، أو على حساب السبب الآخر Au détriment de l’autre، فتعريف السبب شيء، ووجوده شيء آخر، فعند ارتكاز السببين على وقائع مختلفة، فإن القضاء يجب عليه إعطاء رب العمل إمكانية الاستفادة من السببين، وعلى العكس Inversement إذا وجد سببين لطبيعة مختلفة، يجب الالتفات للسبب الأول والحاسم، فهل يمكن تطبيق هذا المبدأ عند التواجد المزدوج Coexistence لسببين لطبيعة واحدة؟

تصعب الإجابة على هذا السؤال، بالاعتماد فقط فيما إذا كان اختلاف أو تشابه في طبيعة الأسباب المثارة، إذ في كل الأحوال نجد سببا أوليا وحاسما، ونتبين ذلك على الخصوص من الآثار المالية للتسريح، من حيث التعويض،وبالتالي فإن العاملة التي تم حرمانها - بحسب ما ذكر في قرار 23/09/2003- من تعويض التسريح وتعويض مدة الإخطار، لا يكون ناجما إلا بسبب خطأ جسيم، وليس لعدم القدرة الجسمية Inaptitude physique ، فالغرض التأديبي Motif disciplinaire، يمثل السبب الأول والحاسم للتسريح.

ونخلص إلى القول، أنه يجب أن يتم العمل على مبدأ مفاده، أنه إذا وجد سبب أول وحاسم، فإنّ ذلك لا يعني أنه السبب الوحيد، وأنّ تطرق القاضي لملف الدعوى بالتدقيق وفحص مختلف الاحتمالات السببية الواردة في ادعاءات رب العمل، سيجعل من الحكم الصادر عنه مؤسسا تأسيسا كافيا وحاملا لشرعية التنفيذ، دون احتمال معارضته من المنفذ ضده، بحيث يتقلص عنده الاعتقاد بوجود ظلم أو تجاوز في حقوقه، وهذا يؤدي في نهاية المطاف إلى حماية حقوق الطرفين في علاقة العمل، وهي الحماية التي يهدف أي قانون للعمل في أي بلاد، تحقيقها، للوصول إلى حماية اقتصاد البلد.

**البند الثالث: أمثلة تطبيقية لبعض الأنظمة الداخلية في تحديد الخطأ الجسيم.**

بحكم بقاء مواد قانونية في قانون 90/11 تتبنى تواجد النظام الداخلي لدى المؤسسات، ولدور هذه الأنظمة الداخلية في تحديد الخطأ الجسيم، كان لزاما التطرق لبعض الأنظمة الداخلية.

ولقد إرتأينا الاعتماد على أنظمة ثم إيداعها حديثا بين سنتي 2008 و2009، ويتعلق الأمر بمايلي:

1. **النظام الداخلي المتعلق بعيادة الولادة Les rosiers [[346]](#footnote-347):**

نص هذا النظام الداخلي[[347]](#footnote-348) في الجزء المتعلق بالتأديب بنص المادة 57 على قائمة أخطاء مهنية من الدرجة الثالثة.

ولم يتم ذكر الجزاء الذي يرد بشأنها، إلا بعد ذكر 23 خطأ ومباشرة بعد ذلك جاء الخطأ 24 الذي ذكرت فيه المادة 57 ما يلي: "...تعتبر أيضا أخطاء مرتبة على أساس أنها من الدرجة الثالثة وينجم عنها التسريح:

* تعليق أو نشر إعلانات في أماكن العمل دون ترخيص.
* استعمال أملاك ووسائل المؤسسة لأغراض شخصية و لمنفعة خاصة أو للغير.
* تنظيم اجتماعات سياسية داخل أماكن العمل.
* تنظيم جمع أي فوائد مهما كانت طبيعتها دون ترخيص.
* تغيير أو محاولة تغيير لمحتوى الوثائق الإدارية بهدف الإضرار بعامل أو نفعه".

فواضح أن كلمة التسريح، لم ترد إلاّ على الخمس حالات التي جاءت بعد الحالات 23 السابقة، وهذا أول ما يلاحظ على هذا النظام الداخلي في مدى تلاؤمه مع أحكام قانون العمل، إضافة إلى ما سنقدمه من ملاحظات أخرى فيما يلي:

أ- أن هذا النظام الداخلي في مادته 57 لم ينص على الخطأ الجسيم مثلما نصت عليه المادة 73 من قانون 90/11، بل اعتمد نظام الخطأ من الدرجة الأولى، والثانية، والثالثة، وهذا غير موجود في قانون 90/11ولعلّ السبب في هذا التوجه راجع في رأينا إلى :

* عدم علم مدير هذه العيادة بمحتوى قانون 90/11 وما رافقه من تطور للمحكمة العليا بقرار 2004 الذي أعطى إمكانية إضافة أخطاء أخرى لقائمة الأخطاء المذكورة في المادة 73، وهنا يفترض أن يكون مفتش العمل الذي وقّع على هذا النظام الداخلي على علم بأحكام قانون 90/11 وتطور موقف المحكمة العليا، وهو ما لم يحدث، بالرغم من أن إيداع هذا النظام الداخلي تم يوم 15/03/2009 بمعنى مرور 4 سنوات على صدور قرار المحكمة العليا...!!
* تبدأ المادة 57 بعبارة «Sans préjudices des poursuites pénales…» بمعنى "دون الإخلال بالمتابعات الجزائية....".

فهذه العبارة تبدأ بها المواد الواردة عادة في القوانين، لأنه ليس من صلاحيات رب العمل أن يذكر في نظامه الداخلي التأكيد على المتابعات الجزائية، لأن هذه المتابعات تباشر بمجرد علم أحد الموكلين بمهمة تحريكها، من ضباط ورؤساء بلديات ...الخ[[348]](#footnote-349)، وحتى إن كان الهدف من ذكر هذه العبارة مسايرة الجزء الخاص بالأخطاء الجزائية المرتكبة داخل أماكن العمل بحسب ما نصت عليه المادة 73 من قانون 90/11، فإن ذلك لن يكون إلاّ إذا قدّمت شكوى إلى وكيل الجمهورية، وهو حق مقرر قانونا، إذ لكل شخص يدعي بأنه مضار بجريمة، من أن يتأسّس كطرف مدني أمام قاضي التحقيق، طبقا للمادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية.

ب- أن المادة 58 من هذا النظام الداخلي تؤكد أن الإجراءات التي يجب تطبيقها في المجال التأديبي تحدد بحسب درجة الخطأ، و أن هذه الإجراءات "بحسب الفقرة 2 من هذه المادة"، يجب أن تتضمن التبليغ بقرار التسريح المحتمل، ثم الاستماع للعامل، في حين أن التبليغ لا يجب أن يتضمن الإشارة للتسريح.

كما أن هذه المادة تؤكد التزامها بما ورد في المادة 73 المرتبطة بالإجراءات الواجب احترامها في حالة التسريح التأديبي لخطأ جسيم ارتكبه العامل، مع أن هذا النظام الداخلي لم يشر إطلاقا إلى وصف الخطأ الجسيم.

وما يؤكد ذلك، أن المادة 60 من هذا النظام الداخلي نصت هي الأخرى على مبدأ ورد في قانون 90/11 ودائما في المادة 73 بخصوص التسريح التأديبي، والمتعلق بضرورة مراعاة ظروف ارتكاب الخطأ،كدرجة خطورته، والضرر الذي ألحقه بالمؤسسة، مع فارق متمثل، في أن هذه المادة ذكرت عبارة Les antécédents des travailleurs، وهي تعني سوابق العامل من أخطاء، وبالتالي سيكون بين حالة عدم ارتكابه لأي خطأ سابق وبالتالي لا يتأثر بالإجراءات التأديبية الجديدة، وحالة كونه ارتكب أخطاءا سابقة، وبالتالي تؤثر على الإجراءات الراهنة فيما يخص وصف الخطأ، بل قد تكون بمثابة العودLe récidive، الذي يعتمده رب العمل أساسا جوهريا لتكييف الخطأ الجديد.

ج- ما يلاحظ أيضا على هذا النظام الداخلي، أن مادته 57 تستعمل عبارة Notamment، بمعنى على الخصوص، عندما ذكرت قائمة الأخطاء من الدرجة الثالثة، وهي نفس العبارة التي استعملتها المادة 73 من قانون 90/11 ونجم عنها في البداية أن المحكمة العليا اعتبرتها قائمة محددة على سبيل الحصر، ثم في 2004 على سبيل المثال، وهو نفس الإشكال الذي قد يحدث مع هذا النظام الداخلي.

فيمكن لمدير هذه العيادة، وبوجود هذه العبارة "Notamment"، أن يكيف وقائع ارتكبها العامل التابع لإدارته على أنها خطأ من الدرجة الثالثة قياسا مع تلك التي حدّدها سلفا في القائمة المذكورة في المادة 57[[349]](#footnote-350).

وبالتالي يبقى الباب مفتوحا ليس في المادة 73 من قانون 90/11 لوحدها، وإنما حتى بهذه المادة 57 لهذا النظام الداخلي مثلا.

1. **النظام الداخلي المتعلق بمؤسسة القصر الذهبي: Sarl palais d’or**[[350]](#footnote-351).

بعد دراسة هذا النظام الداخلي دراسة قانونية تسنت لنا بعض الملاحظات نذكرها فيما يلي:

أ- ما يلاحظ على هذا النظام الداخلي أنه تحدث في مادته 93 على 3 أنواع للأخطاء و هي:

1. أخطاء من الدرجة الأولى "أخطاء خفيفة" وتكون عقوبتها الإنذار الكتابي أو التوبيخ أو التوقيف عن العمل من يوم واحد إلى ثلاثة أيام مع الخصم من المرتب.
2. أخطاء من الدرجة الثانية "أخطاء ثقيلة" وتكون عقوبتها التوقيف عن العمل من أربعة أيام إلى أسبوعين.
3. أخطاء من الدرجة الثالثة "أخطاء جسيمة" وعقوبتها هي التسريح "الطرد" بدون إشعار مسبق ولا تعويضات.

فواضح من هذه المادة، أنها استعملت مصطلحات قانونية لم يستعملها المشرّع الجزائري في قانون 90/11، فالأخطاء الثقيلة غير منصوص عليها في قانون 90/11، وهو مصطلح يقابله المصطلح الفرنسي Lourde، الذي يعني أن العامل ارتكب خطأ،يتعمد فيه الإضرار برب العمل Une intention de nuire، وهو التعمد الذي يبيح بمقتضاه القانون الفرنسي لرب العمل ليس فقط تسريح العامل دون مهلة ودون تعويض، بل أيضا برفع دعوى قضائية لمطالبته بالتعويض.

فاستعمال هذا النظام الداخلي لمصطلح الخطأ الثقيل لم يكن في محله عندما نجده يضع لهذا الخطأ الثقيل Faute lourde عقوبة التوقيف عن العمل من أربعة أيام إلى أسبوعين.

ثم ينص هذا النظام الداخلي بنفس المادة 93 على الأخطاء من الدرجة الثالثة وهي الجسيمة، والتي تعطي لرب العمل القيام بتسريح العامل دون إشعار مسبّق، ودون تعويضات.

ب- نصت المادة 96 من هذا النظام الداخلي على أن تعليق علاقة العمل يعتبر إجراءا تحفظيا استثنائيا لا ينبغي اتخاذه إلا إذا كان الخطأ جسيما يضر بالمؤسسة، وفي كل الأحوال لا يجوز أن يتجاوز 8 أيام بحسب المادة 97.

وأن هذا التعليق بحسب المادة 98 ليس عقوبة، وبالتالي إذا انتفى وجه العقوبة، فإن المعني يحصل على مجمل حقوقه، بما فيها تلك الفترة التي علّقت فيها علاقة عمله، غير أن هذا لا يطبق على العقوبات من الدرجة الثالثة.

والتساؤل الذي يطرح بعد استعراض هذه المواد، هو ماذا لو حدث انتفاء وجه الدعوى ووجه العقوبة بالتبعية، بالنسبة للمخالفات الجنائية التي ذكرتها المادة 99 من هذا النظام الداخلي؟ خصوصا وأن هذه المادة 99 في فقرتها الثانية نصت على أنه في حالة نهاية الحجز التحفظي، وإذا استفاد العامل من الإفراج يدمج في منصبه بقوة القانون أو في منصب عمل مماثل، دون أن تنص على مصير الأجرة التي لم يتقاضاها خلال تلك الفترة!!

فإذا كان المقصود بالحجز التحفظي الذي نصت عليه الفقرة الثانية للمادة 99 هو ذلك الذي يتم أمام الشرطة، والذي لا يجوز أن يتجاوز 48 ساعة، فإن ذلك يتناقض مع الفقرة الأولى لنفس المادة 99 باعتبار أن هذه الفقرة تنص على وجود متابعة قضائية جزائية.

وهو الأمر الذي يتعدى الشرطة و يصبح بين يدي وكيل الجمهورية الذي له إمكانية إحالة القضية على جهة الحكم إذا كانت الأفعال تشكل جنحة متلبس بها، على ألا يتجاوز ذلك 8 أيام من يوم صدور الحبس[[351]](#footnote-352)، وبالتالي إذا أضفنا يوم المحاكمة وانتظار صدور الحكم بعد وضعه في المداولة لأسبوع آخر أو أسبوعين بحسب حاجة القاضي لفحص الملف، فإن تعليق علاقة العمل سوف لن يقل عن 20 يوما في أحسن الأحوال.

وأما أن تكون الوقائع الجنائية التي يتابع بها العامل الأجير تفرض ضرورة عرضها على قاضي التحقيق، فإن هذا الأخير له إمكانية إصدار أمر بحبس المشتبه فيه لمدة 4 أشهر يمكن تجديدها بأمر مسبّب[[352]](#footnote-353).

وبالتالي لن يقل تعليق علاقة العمل عن 4 أشهر، فما مصير أجر تلك المدة إذا انتهى التحقيق بحفظ الملف أو صدور حكم بالبراءة بعد إحالة الملف على جهة الحكم؟

إذن نكون أمام فراغ قانوني ليس في قانون 90/11 فحسب، و لكن أيضا في النظام الداخلي لشركة palais d’or إذا كان أحد عمالها متابع بأفعال جنائية ارتكبها داخل هذه المؤسسة، كالسرقة أو إتلاف عتاد أو مواد أولية مثلا...

**ج-** ما يلاحظ أيضا على هذا النظام الداخلي أنه أخلط في تحديد الأخطاء حسب معيار درجتها الذي اعتمده في المواد 93 وما يليها من هذا النظام الداخلي، بحيث أن الملحق الوارد فيه، والذي ذكر كل أنواع الأخطاء المؤدية إلى التنزيل في الرتبة أو التسريح دون إشعار مسبق، يتناقض مع تلك المواد 93 وما يليها، بحيث أن هذا الملحق ذكّر بأن سرقة أموال المؤسسة تؤدي إلى الطرد مع الإشعار المسبق.

ولم نجد أي تبرير لهذه العبارة: عبارة مع الإشعار المسبق!

فزيادة على عدم وجودها في قانون 90/11 في مادته 73، لأن المادة 73 من قانون 90/11 تنص على أن الخطأ الجسيم يؤدي إلى التسريح دون مهلة ودون تعويض، فإنها تثير غموضا، فما معنى الإشعار بحسب هذا النظام الداخلي؟ هل هو الاستدعاء الذي يقتضي السماع، وبالتالي ضمن إجراءات التسريح التي تفرض أكثر من ذلك؟ فلا يمكن للنظام الداخلي أن ينتقص من حقوق أقرها القانون، ومن ثم فإن صياغة مواد هذا النظام الداخلي لم تكن متجانسة مع الخطوط التي رسمها قانون 90/11 المعدل والمتمم.

وفي جانب آخر، ذكر الملحق الوارد في هذا النظام الداخلي قائمة للأخطاء من الدرجة الثالثة التي تؤدي بحسبه إلى التسريح بدون إشعار مسبق ولا تعويضات، و هي نفس القائمة الموجودة في المادة 73 من قانون 90/11، مع فارق تمثل في أن هذه الفقرة من الملحق أبقت على العبارة الغامضة "دون إشعار مسبق" مع العلم أن المادة 73 من قانون 90/11 تنص على أن الخطأ الجسيم يحرم من مهلة العطلة والتعويض، ولم تذكر تماما عبارة الإشعار المسبق.

يتضح إذن أن هذا النظام الداخلي يحمل هو الآخر أخطاءا في المصطلحات المستعملة، والتي تجعل منه ليس مكمّلا لدور القانون 90/11، بل مبقيا للحالة كما هي، ولا يقع التناقض سوى لأن القانون أسمى من النظام الداخلي.

1. **النظام الداخلي لمجموعة مؤسسات حسناوي:**

بعد الاضطلاع على الأحكام الواردة بشأن تأديب العمال بحسب هذا النظام الداخلي اتضح لنا ما يلي:

1. أنه أعاد نفس المصطلح المستعمل في المادة 66 من قانون 90/11 وهو مصطلح التسريح، عند الحديث عن انتهاء علاقة العمل، دون توضيح هل الأمر يتعلق بتسريح فردي لسبب تأديبي أو لسبب شخصي آخر.
2. تضمن هذا النظام الداخلي نص المادة 67 الذي يسمح لمجموعة المؤسسات هذه، بأن تصدر قرارا بإنهاء علاقة العمل، مع ضرورة تبيينها للقواعد القانونية و التنظيمية، إضافة إلى الأسباب التي يستند إليها هذا القرار.

فهذا النص جاء بصفة العموم، ولم ينص على طريقة التسريح التأديبي لخطأ يرتكبه العامل، ومن ثم يستطيع رب العمل في هذه الحالة إصدار قرار إنهاء هذه العلاقة لقلة المردود المهني للعامل، أو لفقدانه الثقة فيه، أو لأي سبب، عدا ذلك المشكل لخطأ جسيم.

وما يؤكد ملاحظتنا هذه، أن المادة الموالية وهي المادة 68، نصت على أن التسريح يتم اللجوء إليه في حالة وجود أخطاء جسيمة بحسب التحديد الوارد في هذا النظام الداخلي.

1. نصت المادة 71 من هذا النظام الداخلي على أن أي مسؤول له سلطة على المستخدمين، مخول بتكييف الأخطاء المسجلة و اقتراح عقوبة في حق العمال المرتكبين لهذه الأخطاء.

فنرى في هذه المادة تجاوز على روح المواد الموجودة في قانون 90/11، على اعتبار أن سلطة تكييف الخطأ يجب أن يتمتع بها رب العمل صاحب الرقابة والتوجيه والإشراف، وليس أي مسؤول على مهام معينة، بخصوص مجموعة معينة من العمال، خصوصا إذا تعدّد المسؤولون، بحكم تعدد الورشات أو مراحل التصنيع بين هذه الورشات، وبالتالي يمكن حتى للمكلف بالإشراف على النظافة والأمن إصدار قرار التسريح، في حين أن أقصى ما يملكه منطقيا هو إعداد تقرير مفصل يسلّمه لرب العمل الرئيسي.

وعن المادة 72 الموالية التي تفرض إرسال ورقة تكيف الخطأ المهني إلى مصلحة تسيير المستخدمين Service de gestion du personnel، فإن ذلكيعتبر إجراءا شكليا، لأن المادة 73 الموالية تبين أن هذه المصلحة تقوم بتثبيت تناسب الخطأ مع العقوبة و تقوم بتبليغه للمعني بالأمر، و في هذه الحالة نكون أمام قفز خطير لإجراءات التسريح المتمثلة في استدعاء العامل والسماع إليه، دون أن يتضمن الاستدعاء أي إشارة لقرار التسريح، وإعلامه بحقه في اصطحاب عامل من اختياره، وبالتالي يؤدي ذلك إلى حرمان العامل المعني من أسس إجرائية متينة، تشكل أهم ضمان له اتجاه رب العمل.

1. نصت المادة 76 و 77 أن الأخطاء المهنية تقسم إلى مستويين:

الأخطاء المكيفة على أساس أنها أصلية، وتكون عقوبتها بين الإنذار البسيط والتوقيف عن العمل من يوم إلى 5 أيام أو من 6 أيام إلى 20 يوما في حالة العود، ثم تنص المادة 78 على أن العود Le récidiveبخصوص هذه الأخطاء المهنية الأصلية، والأخطاء الأخرى المكيفة على أنها مسببة للضرر، تكون عقوبتها التسريح دون مهلة العطلة، ودون تعويضات.

فما يلاحظ على المادة 78 أنها تناقضت مع المادة 77، على اعتبار أن المادة 77 نصت في فقرتها الثانية على جزاء العود فيما يخص الأخطاء الأصلية، وهو التوقيف عن العمل من 6 إلى 20 يوما، في حين تنص المادة 78 على التسريح دون مهلة ودون تعويض؟

**خلاصة حول دراسة بعض الأنظمة الداخلية:**

بعد دراستنا لهذه الأنظمة الداخلية الثلاثة، ارتأينا أن نختمها بملاحظات قانونية تتمثل في:

1. عدم تناسب المصطلحات القانونية وطريقة الصياغة، مع ما تضمنه قانون 90/11 بشكل يؤدي إلى اختلال المعنى، و لن تكون هناك فائدة للنظام الداخلي في تكميل دور القانون، بل العكس إضافة نوع من الغموض.
2. استعمال أوصاف للخطأ غير مستعملة في قانون 90/11 كالأخطاء الخفيفة Les fautes légèresوالأخطاءالثقيلة.
3. إعطاء سلطة تكييف الخطأ لأي مسؤول له سلطة على العمال، دون اشتراط حصوله على تكليف من صاحب المؤسسة الأول "كرب عمل أساسي"، أو ضرورة وجود وكالة أو تفويض، و هذا قد يؤدي إلى تعسّف وظلم من طرف هؤلاء المسؤولين، خصوصا فيما يتعلق بالتوقيف عن العمل الناجم عن سوء تفسير وقائع معينة ارتكبها العامل دون أن ترقى لدرجة الخطأ الموجب لتعليق علاقة العمل، واعتبارها رغم ذلك خطأ موجبا لذلك التعليق.
4. فكرة العود في تشديد وصف الخطأ هو توجه غير قانوني، على اعتبار أن الوقائع عوقب عليها العامل في أول مرة و لا يمكن أن تكون بمناسبة هفوة جديدة، أساسا لتشديد هذه الهفوة[[353]](#footnote-354).
5. ضرورة إشراف مختص قانوني في تشريعات العمل لإعداد نصوص النظام الداخلي، دون الاكتفاء بفحص مفتشية العمل التي هي الأخرى تعاني من نقص في المختصين في قانون العمل.

**الفرع الثالث: سلطة القاضي التقديرية في معرفة التعسف.**

إذا كان المشرّع، يستطيع بنصوص قانونية، أن يحدد نطاق حدود الحق الموضوعية، فإنه لا يمكنه أن يتبع كل حق ليحدد غايته على وجه يقيني ثابت، و إن كان يكشف عن غاية الحق أحيانا فيقيد استعمال الحقوق بتحقق غاياتها منها، والتي حدّدها مسبقا[[354]](#footnote-355).

وبناءا على كل ذلك، فإن فكرة التعسّف وارتباطها بنسبية الحقوق، تعدّ تأكيدا للحقوق ذاتها، وحمايتها ممّا قد تؤدي إليه من نتائج ظالمة.

وعلى ضوء فكرة التعسّف هذه، يمكن تحديد الحقوق في ضوء الفلسفة السياسية والاجتماعية السائدة في المجتمع، دون حاجة هذا المجتمع إلى تغيير النظام القانوني، فالحق والتعسّف فكرتان متلازمتان، يصحح ويحدّد كل منهما الآخر، فلا ينفصل أي منهما عن الآخر.[[355]](#footnote-356)

فإذا كان رب العمل متعسّفا في استعمال حق التسريح على وجه يتعارض مع الغاية المحدّدة لهذا الحق، فإن السؤال هو: كيف يمكن تحديد هذه الغاية من جهة، وكيف يمكن تحديد وجود التعسّف من جهة أخرى؟

نتصور أن يكون معيار التعسّف معيارا ذاتيا شخصيا، قوامه فكرة الاقتصاد الحر ومبدأ سلطان الإرادة، وكل هذه المسائل تقوم على القصد والنية، والبحث في عناصر الإرادة المنفردة ومدى مطابقتها للحالة الواقعية المطروحة أمام القضاء.

ويتمثل المعيار الذاتي في قصد الإضرار بالغير، فالفعل السيئ لا يغتفر، لأنه يتضمن قصد الإضرار بالغير.[[356]](#footnote-357)

ويعتبر من عناصر التعسّف وفقا للمعيار الذاتي أو الشخصي، الاعتداد بالغرض المقصود،فإذا استعمل صاحب الحق حقه قاصدا الإضرار، فإنه يكون متعسّفا، كما يعدّ تعسّفا، الوسائل التي يتّبعها صاحب الحق، عند استعماله لحقه[[357]](#footnote-358).

ويرى البعض[[358]](#footnote-359)، في نطاق هذا المعيار، أنه لا يلزم أن تكون نية الإضرار هي الدافع الوحيد، لأنه إذا استلزمنا ذلك، كان فيه القضاء مؤسسا على فكرة التعسّف.

والواقع أن المعيار الشخصي في تقدير التعسّف، وباعتماده على العنصر المتمثل في قصد الإضرار بالغير، سيؤدي إلى تضييق نطاق هذه الفكرة، إذ سيكون لزاما على من يدّعي وجود تعسّف أصابه جرّاء استعمال تعسّفي لحق معين من قبل الآخر، أن يثبت وجود الرغبة السيئة لديه.

ولاشك أن القاضي سيجد صعوبة كبيرة في الاستناد على المعيار الشخصي، إذ سيتعين عليه البحث في البواعث و النوايا، وبالتالي البحث عمّا انطوت عليه نفسية الشخص الذي باشر حقه.

ولتلك الأسباب الموضوعية، حاول الفقهاء البحث عن معيار موضوعي للتعسّف في استعمال الحق، خوفا من توسع السلطة المعطاة للقاضي عن طريق المعيار الشخصي، فتم الاعتماد على الغاية الاجتماعية أو الهدف الاجتماعي أو الاقتصادي للحق، ومعنى ذلك أنه يجب على القاضي في تقديره للتعسّف في استعمال الحق، أن يبحث عن الوظيفة الاجتماعية للحقوق، لأن هذه الأخيرة تتحدد وظائفها بالغايات المرسومة لها، وبناءا على ذلك يعد متعسّفا في استعمال حقه، من يهدف إلى تحقيق غايات غير اجتماعية.

واقترح آخرون[[359]](#footnote-360)، بعد أن لاحظوا صعوبة معرفة الهدف الاجتماعي نظرا لارتباطه بمسائل سياسية، أن يتم اعتماد القاضي على معيار انعدام المصلحة المشروعة، فالحقوق في نظرهم، ما هي إلا وسائل لتحقيق غايات مشروعة، وعلى ذلك، فلا يجوز أن يستعمل صاحب الحق حقه عند غياب المصلحة المشروعة.

ورغم وجاهة هذا المعيار وقيمته، إلا أن بعض الفقه[[360]](#footnote-361) هاجمه، نظرا لصعوبة التوصّل إلى معيار عام ومحدّد في هذا النطاق، وضرورة إيجاد معيار مستقل لكل حق بما يتفق مع طبيعته.

إلا أنه، ورغم هذا الانتقاد، فإن أنصار انعدام المصلحة المشروعة أو تفاهتها كمعيار للتعسّف،يرون أنه معيار يتسم بالموضوعية والضوابط المألوفة.

غير أن هذه المعايير، وإن كانت كلها، تحمل في طياتها ما يشكل عونا للقاضي في استعمال سلطته التقديرية، فإن القاضي هو الذي سيتولى إعمال نشاطه الذهني في فهم المعيار الموضوعي في نطاق نظرية التعسّف في استعمال الحق، ثم هو أيضا الذي يتولى فهم مدى انطباق هذا المعيار على وقائع النزاع المطروحة عليه، وهذا النشاط الذهني، يقوم به القاضي بعيدا عن أي رقابة قضائية مباشرة عليه[[361]](#footnote-362).

فالقاضي يقوم أولا بتقدير ماهية المصلحة، فهي ببساطة المنفعة التي تعود على صاحب الحق "رب العمل في موضوعنا" من استعمال حقه.

وعلى ذلك، يستطيع القاضي أن يبحث في وقائع الدعوى ومستنداتها، للوصول إلى ما إذا كان ثمة فائدة أو منفعة تعود على صاحب الحق، فإذا انتهى بحثه إلى غياب كل مصلحة أو فائدة، فإنه ينتهي إلى القول بوجود التعسّف[[362]](#footnote-363).

ونرى من جانبنا، أن قيام القاضي باستعمال نشاطه الذهني وجمع كل ما اكتسبه من خبرة ودراية في سلك القضاء، للقيام بمهمة البحث عن وجود تعسّف من طرف رب العمل في اتخاذ قرار التسريح، هو دور جوهري وحتمي، لا يمكن الاستغناء عنه.

فالقاضي وهو ينظر في النّزاع، فإنه ومهما كان التضارب في ادعاءات الأطراف التي يدور بينها هذا النزاع، مدعو، لتجسيد العدالة التي رسمت معالمها القاعدة القانونية، ويجب أن لا يتم اختصار سلطته هذه، أو التقليل منها، في حين نرى أن القاضي الاجتماعي على مستوى المحكمة تكون جلسته مشكلة من ممثلين للعمال وممثلين عن أرباب العمل وبأصوات تداولية، ممّا يعني أن لا يتم الوصول إلى نفس القناعة بين القاضي وممثلي العمال وأرباب العمل.

وفي جانب آخر، وبنفس الحدة، يطرح مشكل آخر يتمثل في أن تلك الأحكام الصادرة عن القسم الاجتماعي تكون ابتدائية نهائية، وبالتالي عدم وجود فرصة لتصحيح ما قد يكون قد أصاب قناعة القاضي الاجتماعي من تأثير ناجم عن الأصوات التداولية لممثلي العمال وأرباب العمل، وفي هذا الصدد نقترح ما يلي:

أن تكون الأحكام المتعلقة بالتسريح ابتدائية، يحق للمتضرر منها عرضها على الغرفة الاجتماعية المكونة من مستشارين، تكون قراراتهم تحمل طابعا قضائيا فقط، تتجسد من خلالها العدالة المفترضة في القاضي، لاسيما وأن الملف أمام المجلس لن يتم الفصل فيه إلا بعد تقرير مفصل يكلف به أحد مستشاري الغرفة.

كما نقترح، أن يعزّز دليل الإثبات المرتبط بالعمال الأجراء كشهود، حول سيرة العامل المعني بالتسريح، وعلاقته برب العمل قبل إقدامه على قرار التسريح، مع العمل في نفس الوقت على تشديد الحماية المقررة لهؤلاء الشهود، بحيث تكون حماية جزائية، تؤدي برب العمل في حالة انتقامه من العمال الشهود إلى تحريك دعوى عمومية ضده.

**الفرع الرابع: موقف المحكمة العليا من التعسّف في التسريح.**

في بحث معنون بـ "الحلول القضائية للمشاكل المترتبة عن تطبيق المادة 73/4 من قانون 90/11"، تناوله رئيس الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا،[[363]](#footnote-364) لاحظ أن التطور الذي عرفته المادة 73 من قانون 90/11 كشف أن المشرّع كان مترددا في مواكبة التحولات الاقتصادية عن طريق الإصلاحات التشريعية الملائمة.

حيث أنه وخلال 1990 أعطى القانون كامل الحرية لرب العمل في تحديد الأخطاء التي قد تؤدي إلى التسريح، والإجراءات التأديبية الواجبة التطبيق، وكذا التعويض عن التسريح، الذي يستحقه العامل، وكل ذلك حسب الشروط المحدّدة في النظام الداخلي.

غير أن هذا النص القانوني الصّعب التفسير – يواصل رئيس الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا-، ونظرا لمدة تطبيقه القصيرة "18 شهرا فقط"، إذ قد تم تعديله في فترة قصيرة في 21/12/1991 بالقانون 91/29،فإنه ولذلك أدخلت على المادة 73 ستة (6) فقرات تطرقت إلى الخطأ الجسيم المؤدي إلى التسريح والإجراءات التأديبية الواجبة، والجزاء المترتب عن التسريح المعتبر تعسّفيا أو المتخذ خرقا للإجراءات التأديبية.

وبتأمل المادة 73/4 من قانون 90/11، يظهر أنها قد جاءت استنادا إلى فكرة مفادها، أن المحاكم–وهي ما تزال تحت تأثير التشريع السابق، خاصة القانون 82/06 المؤرخ في 27/02/1982 ومجموع النصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه -، استمرت عن خطأ، في التصريح بالإلغاء التلقائي لكل تسريح مشوب بعيب إجرائي، حتى وإن تعلق الأمر بتسريح مبرّر من حيث موضوعه Un licenciement justifié au fond.

فالهدف المتوخى من التصحيح، هو منح رب العمل إمكانية تصحيح الإجراءات التي لم يحترمها، ولكن هل هذا التصحيح ممكن في كل الحالات؟

وفي إجابته على هذا السؤال يرى رئيس الغرفة، أنه إذا رجعنا إلى المادة 122/14-4 من قانون العمل الفرنسي الذي استلهم الأمر 96/09 المؤرخ في 1996 الجزائري، أحكامه منه، نستخلص بأنها تنص صراحة على أن المحكمة تلزم المستخدم بإتباع الإجراءات المقرّرة، فيما يخص الخطأ الفعلي والجدّي المؤدي إلى التسريح.

وهذا يعني، أن القاضي يفحص القانون الموضوعي قبل فحص القانون الإجرائي، والمبرّر في ذلك، أنه لا فائدة من إبطال الإجراءات التأديبية في حالة التسريح بدون سبب فعلي وجدّي، في حين لم يقيّد المشرّع الجزائري إمكانية تصحيح الإجراءات بضرورة وجود الخطأ الجسيم.

ومن جهة ثانية، إذا كان النص الفرنسي 122/14-4 قد بيّن، بأن الإجراءات المنصوص عليها هي تلك الواردة بهذا الفرع، أي بمعنى الإجراءات التأديبية، فإن النص الجزائري اكتفى بعموميات، من خلال الإشارة إلى خرق الإجراءات القانونية و/أو الاتفاقية الإلزامية، تاركا الأمر للقاضي، لسد هذا النقص.

وفي جانب آخر، أصدرت المحكمة العليا قرارات بشأن التسريح التعسّفي، ففي قرار مؤرخ في 10/10/2000[[364]](#footnote-365) اعتبرت من جهة أن الحكم بالتعويض للعامل على إثر إلغاء قرار التسريح والأمر بإعادة إدراجه في منصب عمله، يعد مخالفة للمادة 73/4 من قانون 91/29 إذ كان يتعين على المحكمة التصريح بالاحتفاظ بامتيازاته المكتسبة.

ومن جهة ثانية، فإن البراءة التي تصدر في حق العامل المتهم بإتلاف عتاد المؤسسة عمدا، من طرف القاضي الجزائي من جهة، وعدم إثبات الطاعنة "المؤسسة" ارتكابه أعمال عنف اتجاه المسؤول وعدم احترامها المادة 73/1 من قانون 91/29 من جهة أخرى، يعد تطبيقا سليما للقانون.

وفيما يلي عرض لما جاء في هذا القرار:

كانت مؤسّسة المياه المعدنية بباتنة (وحدة المسيلة) تشغل لديها عاملا أجيرا.

وفي 01/10/1996 أصدرت ذات المؤسسة قرارا بتسريح هذا العامل على أساس قيامه بإتلاف ممتلكات المؤسسة وارتكابه لأعمال عنف اتجاه مسؤول المخزن.

وفي 10/12/1997 قضت محكمة المسيلة بإعادة إدماج العامل وتعويضه.

وفي 11/02/1998 طعن مدير مؤسسة المياه المعدنية في الحكم المؤرخ في 10/12/1997 بالنقض.

وكان أمام المحكمة العليا الإجابة على الإشكال القانوني التالي: هل لقضاة الموضوع الحكم بإعادة الإدماج وبالتعويض في نفس الوقت ؟

وفي محاولة الإجابة عن الإشكال القانوني ،كان رد المحكمة العليا أنه، وعلى حاصل ما ينعيه الطاعن على الحكم المطعون فيه قصوره في التسبيب، ذلك لأنه تأسّس على الحكم الجزائي القاضي ببراءة المطعون ضده، وجاء خرقا للمادتين 38-43/61 من ق.إ.م، ذلك لأنها تقدمت بطلبات بجلسة المحكمة المنعقدة بتاريخ 26/11/96 بعريضة مكتوبة، قصد سماع الشهود في أحداث أعمال العنف المنسوبة إليه، اتجاه المسؤول عنه، وهي الأعمال المنصوص عليها بموجب المادة 73 من قانون 91/29، والتي تخول للمؤسسةالحق في تسريحه.

لكن حيث انه فيما يتعلق بالدفع بالمادتين 43 و61 من ق.إ.م والمتعلقتين بإجراءات التحقيق، تجدر الإشارةإلىأنالأمر جوازي بالنسبة لقاضي الموضوع.

حيث انه فيما يتعلق بخرق المادة 73 من القانون 91/29، ومخالفتها من طرف المحكمة، فإنهوبالرجوع إلى المحضر رقم 01/96 بجلسة 30/09/96، أين تم اتخاذ قرار التسريح على أساسأن المطعون ضده اتلف عمدا عتاد المؤسسة كما ارتكب أعمال العنف اتجاه المسؤول عن المخزن،بحيث أنّ الفعل الأول تمت فيه متابعة جزائية انتهت بالبراءة، والثاني لم تثبته الطاعنة، ولم تراع في ذلك مقتضيات المادة 73/1 من قانون 91/29 عند تكييف الخطأ الجسم، وظروف ارتكابه، ومدى خطورته، والأضرار اللاحقة بالمؤسسة، مع سيرة العامل المرتكب للخطأ. ومتى لم يكن كذلك فالوجه المثار في فرعيه، يكون في غير محله.

كما أن ما تنعيه أيضا على الحكم المطعون فيه، افتقاره للأساس القانوني، ذلك أن قاضي الموضوع أخطأ لما طبق المادة 73/4 من قانون 90/11 التي لا تطبق على وقائع الدعوى، بالإضافة إلى أن المادة 73/4 من القانون 91/29 تنص على خلاف ما قضى به، لمّا قضى بإرجاع العامل إلى منصب عمله وإلغاء مقرر التسريح والتعويض بمبلغ 15000000دج، رغم أنه لم يطالب بإعادة إدراجه إلى منصب عمله كما ما هو واضح من العريضة الافتتاحية للدعوى.

لكن حيث يتبين من الصيغة التي جاء عليها الوجه،وبعكس ما يدّعيه الطاعن، فإن قاضي الموضوع لم يطبق إطلاقا القانون رقم 91/29 في مادته 73/4 بل أشار إلى"الاطلاع على قانون رقم 90/11 المعدل والمتمم بالقانون 91/29 والأمر 96/21 المتعلق بالعلاقات الفردية للعمل من جهة".

حيث من جهة أخرى، فإن المحكمة أسّست حكمها على المادة 73/4 من الأمر رقم 96/21 المعدل وقراءة متأنية له، تفيد ذلك.

وحيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، فلئن تأسس على صواب على القانون 96/21 باعتبار الوقائع تمت في ظلّه، باعتبار أن التسريح كان بتاريخ 01/10/96، فقضى بإلغاء مقرر التسريح وبالتبعية إعادة إدماج المطعون ضده إلى منصب عمله الأصلي والتعويض بمبلغ 15000000دج، إلاّ أنه خالف ما نصت عليه المادة 09 منه، المعدّلة للمادة 73/4 من القانون 91/29.

حيث أن المادة 9 المذكورة تفرق بين حالتين:

الأولى: لما يتم التسريح خلافا للإجراءات القانونية.

الثانية: لما يأتي خرقا لأحكام المادة 73 من قانون 91/29.

وبالرجوع إلى قضية الحال، فالتسريح تم بناءا على المادة 73، وكان على المحكمة أن تأمر بإعادة إدماج المطعون ضده، لمّا لم يثبت لديها الخطأ، مع الاحتفاظ بالامتيازات المكتسبة، أو في حالة رفض الطرفين، تمنح تعويضا ماليا لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه المطعون ضده عن مدة 6 أشهر، دون الإخلال بالتعويضات المحتملة، ولمّا قضت المحكمة بإعادة الإدماج والتعويض معا، تكون بذلك قد خالفت المادة 09 المذكورة، ممّا يعرض قرارها للنقض.

كما اعتبرت المحكمة العليا في قرار آخر صدر عنها في 01/02/2006[[365]](#footnote-366) أن التسريح المستند إلى مقرر صادر عن جهة غير معنية بعقد العمل يعتبر تسريحا تعسّفيا .

**المبدأ:** يعتبر تسريحا تعسّفيا، التسريح المستند إلى مقرر صادر من جهة غير معنية بعقد العمل.

وفي ما يلي عرض لحيثيات هذا القرار :

كان مركب الأسمدة الفوسفارتية والآزوتية أسميدال يشغّل مجموعة من العمال للقيام بنشاطه.

وبعد توصله إلى قرار أصدره المجلس الولائي للأمن بتاريخ 19/ 09/1995، ضد أحد عماله لاشتباهه بسلوك معارض للأمن الجزائري، أصدر قرارا بتسريحه، اعتمادا على ما أصدره المجلس الولائي للأمن .

وبتاريخ 15/07/2002 صدر عن محكمة الحجار حكم قضائي، يلزم مركب الأسمدة الفوسفاتية بإعادة إدراج العامل في منصب عمله أو منصب مماثل، مع تعويضه بقيمة 150.000دج.

على إثر ذلك قام مدير مركب الأسمدة الفوسفاتية بتاريخ 05/04/2003 بالطعن بالنقض في الحكم المؤرخ في 15/07/2002 .

وكان على المحكمة العليا، ومن خلال ما طرحته القضية من وقائع وإجراءات، أن تجيب على الإشكال القانوني التالي: هل يمكن للمستخدم أن يستند على رأي جهة خارجية عن عالم الشغل، لإصدار قرار التسريح؟

وكان رد المحكمة العليا، أن قرار التسريح كان بناءا على قرار المجلس الولائي، وإنّ ما ينعيه الطاعن على الحكم المطعون فيه انه جاء خاليا من التسبيب، لمّا أهمل الرد على الدفع الذي أثاره، والمتمثل في أن التسريح كأن بناءا على قرار المجلس الولائي للأمن المحرّر بتاريخ 19/09/1995، وأخطأ تطبيق القانون لما أمر بإعادة إدراجه في منصب عمله أو منصب مماثل في الأجرة، وتسوية وضعيته تجاه صندوق التأمينات الاجتماعية.

مع أنه لم يكن السبب في كل ذلك، ممّا يجعل الحكم المنتقد عرضة للنقض.

لكن حيث يتبين من الحكم المطعون فيه، أنه لمّا أسّس قضاءه على عدم احترام الطاعن لكل ما نصت عليه أحكام المادة 73/3 من القانون 90/11 المتمم بالقانون 91/29، ونتيجة لذلك اعتبر تسريح العامل تسريحا تعسّفيا، كان على صواب، ذلك أنه،وبصفته مستخدم، لم يثبت احترامه للإجراءات القانونية التي فرضها القانون في مواجهة العامل، ولا الخطأ الجسيم الذي ارتكبه المطعون ضده.

وقاضي الدرجة الأولى بتفحصه إجراءات التسريح، وتأكّده من عدم احترامها من قبل المستخدم، وتأسيس قضائه على هذه المخالفات التي وقف عليها، فانه علّل حكمه بما يكفي، وردّ ضمنيا على دفوع الطاعن مستبعدا إياها، ذلك أن ما يزعمه الطاعن من عدم مراعاة الحكم المنتقد لقرار المجلس الولائي للأمن الآمر بتسريح العامل، لا يؤثر على سلامة قضائه، طالما أن هذا القرار صدر من جهة لا تربطها أية علاقة مع العامل، لذلك صارت الإثارة غير سديدة، ويترتب عليها رفض الطعن.

فخلاصة موقف المحكمة العليا من هذا القرار الصادر في 01/02/2006، أنه لا يجوز أن يعتمد المستخدم على قرار صادر عن جهة لا علاقة لها بعقد العمل، لتسبيب قرار التسريح، إذ والحالة هذه يعدّ تسريحا تعسّفيا.

ونحن من جانبنا، نساند رأي المحكمة العليا فيما ذهبت إليه، ذلك أنه وزيادة على الظروف الأمنية الاستثنائية التي كانت تعيشها البلاد في تاريخ 19/09/1995"تاريخ قرار المجلس الولائي للأمن"، فإن التلازم يجب أن يظهر بوضوح، ليس بين الاحتياطات الأمنية التي تتخذها مصالح الأمن ضد شخص معين وبين عمله، بل يجب أن يكون محور تلك الاحتياطات "العمل الممنوع أمنيا" قد عرض على القضاء الجزائي، وفصل فيه بحكم نهائي، وأن يكون مرتبطا بالعمل الذي يمارسه العامل المعنى بهذه المتابعة.

وفي موضوع آخر متعلق بالغياب المبرر بشهادة طبية، أصدرت المحكمة العليا عن غرفتها الاجتماعية قرارا في 13/02/2001،[[366]](#footnote-367) اعتبرت فيه أنه من الثابت قضاءا، أنه في حالة غياب مبرر بشهادة طبية مدفوعة لدى الضمان الاجتماعي الذي له الحق في المراقبة الطبية، يعتبر الغياب مبررا، وأن الخطأ المنسوب للعامل لما يكون غير ثابت أوغير قائم، يجعل قرار التسريح تعسّفيا ولو تم احترام الإجراءات التأديبية.

ونتيجة لذلك، تكون إعادة إدماج العامل في منصب عمله مع التعويض وفقا للقانون الساري المفعول آنذاك.

وفي ما يلي عرض لحيثيات هذا القرار :

كان السيد (ل.ق) عاملا أجيرا لدى المؤسسة الوطنية للإسمنت ومشتقاته.

وفي 1990 في شهر أكتوبر تغيب العامل (ل.ق) عن عمله لمدة فاقت الشهر بعد أن قدّم شهادة طبية مؤرخة في 17/11/1990، تم التأشير عليها من طرف الصندوق الاجتماعي لولاية الشلف، مركز بوقادير، كدليل على صحّتها.

وفي 05/12/1990 أصدرت المؤسسة الوطنية للإسمنت قرارا بفصل العامل (ل.ق) عن العمل، بعدما تغيّب لأكثر من شهر واحد، واستندت إلى المادة 39 من نظامها الداخلي التي توقع عقوبة الطرد على العامل الذي يغيب عن العمل،لأكثر من ثلاثة أيام دون مبرر.

ولما تم اللجوء إلى القضاء، أصدرت محكمة وادي سلي حكما ينص بإلغاء قرار الفصل المؤرخ في 05/12/1990 وإلزام المؤسسة الوطنية للإسمنت ومشتقاته بأن تدفع للعامل مبلغ 60.000 دج تعويضا عن الفصل التعسّفي.

وإثرصدور هذا الحكم القضائي في 05/12/1990، قامت المؤسسة الوطنية للإسمنت بالطعن بالنقض في هذا الحكم.

وكان على المحكمة العليا، أن تجيب على الإشكال القانوني المطروح، المتمثل في: هل يمكن الحكم بإرجاع العامل وتعويضه، متى كان الطابع التعسّفي في التسريح ثابتا؟

وكان رد المحكمة العليا، بالقول أنه ومن خلال ملاحظة الحكم المطعون فيه، يتضح أن المحكمة الابتدائية، رغم أنها لاحظت كل العيوب والتغييرات التي ألحقت على الشهادة الطبية المستظهر بها من طرف المطعون ضده،والمؤرخة في 17/11/1990، اكتفت بالتصريح، بأنها سليمة طالما لم يطعن فيها بالتزوير، رغم أن هذه الشهادة لم تقدم لها في الأجل القانوني ولم تستلمها إطلاقا في السابق، إلا بعد مرور 17 سنة.

لكن بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، يتبين منه، أن المحكمة الابتدائية استبعدت التجريح في هذه الشهادة، بعدما تحققت، بأنه تم دفعها إلى صندوق الضمان الاجتماعي لولاية الشلف، مركز بوقادير، وتم التأشير عليها من هذه الهيئة بتاريخ 17/11/1990، واعتبرتها صحيحة، لأنها لم تكن محل طعن بالتزوير.

حيث من المستقر قضائيا، أنه في حالة غياب مبرر بشهادة طبية مدفوعة لدى صندوق الضمان الاجتماعي الذي له الحق في المراقبة الطبية، يعتبر الغياب مبررا.

وهذا ما توصلت إليه المحكمة الابتدائية مما يعتبر هذا الدفع غير سديد.

وأمّا ما تنعيه الطاعنة، على أن المحكمة لم تتطرق للنقطة التي أثارتها، والمتعلقة بكون السيد مفتش العمل حين حرّر محضر عدم الصلح المستظهر به من طرف المطعون ضدّه، لم يلاحظ أي مخالفة تنظيمية أو قانونية ضدها، حين قام بتسريح المطعون ضده، ليس انتقاصا من قيمة الحكم.

ذلك أنّ عدم الرد على نقطة ليس لها تأثير في المعالجة، والحل القانوني للنزاع من طرف القاضي الذي أتى بأسباب كلية، لا يجعل الحكم يفتقر للأساس القانوني، ممّا يجعل هذا الدفع بدوره غير مؤسس.

كما يعاب على الحكم المطعون فيه، أن المحكمة الابتدائية، لم تناقش أو ترد على الدفع المتعلق بالإجراء الضروري الذي لم يحترم من قبل المطعون ضده، لأنها سبق وأن دفعت بأن كل غياب بسبب مرض،يجب أن يبرهن عليه بشهادة طبية، مصادق عليها من طرف طبيب الوحدة،ويبعثها في مهلة 48 ساعةللمركز الصحي للمؤسسة، أو الوحدة،ويشهد عليه ختم البريد كما أن المحكمة الإبتدائية، لم تناقش دفوعاتها، لما أشارت إلى مخالفة المطعون ضده،بعدم امتثاله لأحكام المادة 51.

لكن ما تنعيه الطاعنة في هذا الوجه، لا يعتبر انعداما للأساس القانوني، بل عدم الرد عن دفع مثار من أحد الأطراف، هو الذي يعدّ قصورا في الأسباب.

وحيث فضلا على ذلك، فإن الطاعنة لم تدفع بمخالفة المادة 51، ولم توضح القانون الذي يحتوي عليها.

كما أن الطاعنة لم تناقش الإجراءات المزعوم خرقها على مستوى الدرجة الأولى، بل ما دفعت به الطاعنة هو أن المطعون ضده، تغيب أكثر من شهر، ولم يخطرها إطلاقا عن موضوع تغيبه، وصرّحت بأن الشهادة الطبية المقدمة للنقاش مشكوك فيها.

وحيث نتيجة لذلك، فإن المحكمة، بعد الاطلاع على الوثائق المقدمة، توصلت إلى أن غياب المطعون ضده كان مبرّرا، لكونه كان في عطلة مرضية، وهذا ما يدخل ضمن صلاحيات قاضي الموضوع، حول تقدير وسائل الإثبات، مما يجعل هذا الدفع غير مؤسس.

كما يعاب على الحكم المطعون فيه، أن المحكمة الابتدائية، اعتبرت تسريح المطعون ضده تعسّفي، رغم أنها تمسكت في عدة مرات، بأحكام المادة 39 من النظام الداخلي للمؤسسة، التي تصنّف نوع العقوبات التي تسلط على العمال، الذين يكونون في حالة غياب غير عادي، بالطرد، لمّا يكون الغياب بدون مبرر أكثر من 03 أيام كما حصل في قضية الحال، وأن إغفال المحكمة الابتدائية مناقشة هذا الدفع، وعدم امتثال المطعون ضده لأحكام المادة 51 من الاتفاقية الجماعية، يعرض الحكم المطعون ضده للنقض.

لكن كما سبق شرحه أعلاه، فإن المحكمة توصلت إلى اعتبار أن الغياب كان مبررا بسبب العطلة المرضية، ومن ثم لا يبقى أي مجال لتطبيق نصوص النظام الداخلي المحتج بها من طرف الطاعنة، ممّا يجعل هذا الفرع غير مؤسس.

وأمّا التناقض في الأسباب، بدعوى أن المحكمة الابتدائية تتناقض في موقفها،عندما صرّحت بأن التسريح تعسّفي، رغم أنها لم تثبت بأن المطعون ضده لم يستلم الاستدعاءات والإنذارات المشار إليها من طرفه، والإشهاد من ذلك، أن المطعون ضده لم ينف أنه إستلم الإنذارات المؤرخة في 21/11/1990 و24/11/1990، والاستدعاء من أجل مثوله أمام لجنة الطاعة، وبالتالي كان على علم بكل الإجراءات التي اتخذتها ضده، ولم يتقدم أمام لجنة الانضباط، ولم يبرر بأي وسيلة كانت، أنه كان في عطلة مرضية.

كما أن المحكمة لا يمكن لها إرجاع العامل إلى منصب عمله وتمنح له التعويض في نفس الوقت.

لكن ما توصلت إليه المحكمة الابتدائية هو نتيجة لعدم ارتكاب المطعون ضده لأي خطأ يستحق الطرد، مادام أنها سببّت حكمها على أن تغيب المطعون ضده كان مبررا بسبب عطلته المرضية.

حيث من الثابت أن الخطأ المنسوب لما يكون غير ثابت أو غير قائم، يجعل قرار التسريح تعسّفي ولو كانت الإجراءات التأديبية محترمة.

فمتى كان التسريح التعسّفي ثابت، فإن نتيجة ذلك تكون إعادة إدماج العامل في منصب عمله، مع التعويض وفقا للقانون الساري المفعول آنذاك وعليه فالوجه المثار غير مؤسس، وبالتالي يتعين رفض الطعن.

وفيما يخص التعويض عن التسريح التعسفي، المذكور في المادة 73/4 الفقرة 2 المدرجة بالأمر 96/21 فقد أقرت المحكمة العليا في قرار صدر لها في 13/04/2005[[367]](#footnote-368) أن القاضي يجب أن يراعي في حالة التسريح التأديبي بالأولوية، مناقشة الخطأ المهني المنسوب إلى العامل، وفي حالة انعدام الخطأ يقضى بالطابع التعسّفي للتسريح ويأمر بإعادة إدماج العامل في منصب عمله عند قبول المستخدم ذلك، ويمنح العامل حقوقه المكتسبة.

وفي حالة رفض أحد الطرفين الرجوع أو إرجاع العامل إلى منصب عمله، تقضي المحكمة بتعويض يساوي الأجر الذي يتقاضاه العامل عن ستة (6) أشهر من العمل، دون الإخلال بالتعويضات الأخرى المحتملة.

وفي قضية الحال، وعوض أن يقوم القاضي الابتدائي بمناقشة الخطأ المنسوب إلى العامل كما تلزمه بذلك الفقرة 2 من المادة 73/4، فإنه استبعد صراحة مناقشة الخطأً، وطبّق على قضية الحال خطأ، الفقرة الأولى من نفس المادة، والتي لا تتعلق بالتسريح لأسباب تأديبية، وإنما بالتسريح الاقتصادي أو لأسباب اقتصادية.

وفضلا عن ذلك،-تواصل المحكمة العليا تعليلها-، فإن المطعون ضدها أبدت صراحة أمام المحكمة، رفضها لإعادة إدماج العامل في منصب عمله الأصلي، ومن تم فإنه كان على المحكمة أن تقضي برفض طلب إعادة الإدماج، وتمنح التعويض، عملا بأحكام الفقرة الثانية من المادة 73/4، وكما أنه وبتعويضه بمبلغ 50.000دج فقط عن 15 شهرا من الطرد التعسّفي، يكون قاضي أول درجة قد ألحق بالطاعن إجحافا كبيرا.

فلم تأخذ المحكمة الابتدائية بعين الاعتبار، المرتب الشهري للعامل الذي هو 16.23042دج، ولا المدة الموقوف فيها تعسّفيا، والأضرار المعنوية التي لحقت به، كما أن المادة 73/4 تنص على أنه إذا وقع تسريح العامل مخالفة للإجراءات القانونية، تلغي المحكمة المختصة ابتدائيا ونهائيا قرار التسريح بسبب عدم احترام الإجراءات، وتلزم المستخدم بالقيام بالإجراء المعمول به، وتمنح العامل تعويضا ماليا على نفقة المستخدم لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه كما لو استمر في عمله.

ولهذه الأسباب قررت المحكمة العليا، نقض وإبطال الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة تلمسان بتاريخ 26/02/2001 وإعادة القضية والأطراف، إلى الحالة التي كانت عليها قبل صدوره، وإحالتها على نفس المحكمة مشكلة من هيئة أخرى ليفصل فيها من جديد طبقا للقانون.

**المبحث الثاني : الشروط الشكلية للتسريح التأديبي وموقف المحكمة العليا.**

إذا كان رب العمل ملزم بعدم التعسف في استعمال حقه في التسريح التأديبي بحيث يجب أن يكون هذا الإجراء المتخذ مؤسسا من حيث الموضوع حتى لا يكون غير مبرّر، فإن ذلك لا يكفي لإحقاق مبدأ العدالة بين الطرفين، إلاّ إذا أعطيت فرصة للطرف الآخر لترتيب أموره عن طريق إخطار العامل الأجير كتابيا بقرار التسريح، ثم الاستماع إليه، مع إمكانية أن يصطحب معه عاملا من اختياره، وهذا ما نصت عليه المادة 73 مكرر من قانون 90/11 المعدل و المتمم[[368]](#footnote-369).

ولما كانت المادة 73 مكرر 2 واضحة في حصر الإجراءات الواجب اتخاذها قبل التسريح، فإننا سنتحدث عنها بحسب ورودها،مع مقارنتها بما تم النص عليه في القانون الفرنسي أو المصري، وذلك بحسب ما يلي :

**المطلب الأول:**التبليغ الكتابي لقرار التسريح.

**المطلب الثاني:** السماع للعامل المعني بالتسريح.

**المطلب الثالث:** تبليغ قرار التسريح.

**المطلب الرابع:** موقف المحكمة العليا من الإجراءات الشكلية للتسريح التأديبي.

**المطلب الأول : التبليغ الكتابي لقرار التسريح :**

أول شرط نص عليه المشرّع الجزائري في المادة 73 الفقرة 2، أنه يجب أن يتضمن النظام الداخلي إجبارية تبليغ قرار التسريح إلى العامل المعني[[369]](#footnote-370).

وبحسب ورود هذا النص القانوني، فإنه يتضح أن رب العمل يتخذ قرارا بالتسريح، ويبلّغه للعامل المعني بالأمر، ولسنا ندري فيما إذا كانت لمرحلة الاستماع التي تأتي عقب تبليغ قرار التسريح إمكانية إلغاء هذا القرار؟

نرى أن صياغة هذه المادة جاءت معيبة من حيث ترتيب الإجراءات الشكلية المفروضة على رب العمل، بحيث لا يعقل أن يقوم رب العمل باتخاذ قرار التسريح ويوقّع عليه، ويبلّغه للمعني بالأمر، ثم يستمع إليه !.

فكان الأحرى أن يتم النص على أولوية الاستماع للعامل، قبل اتخاذ أية خطوة في التسريح، ولعل ذلك مفيد للطرفين، فقد يكون الاستماع فرصة لرب العمل، لمعرفة ملابسات ما يدعيه سببا لتسريح العامل، من خلال الاستماع للعامل الذي يوضّح موقفه بكل حرية، مع حضور عامل من اختياره، وقد ينتهي الأمر إلى عدم الإقدام على قرار التسريح.

ونعتقد من جانبنا أن ترتيب تلك الإجراءات من طرف المشرّع الجزائري، لم يكن مقصودا، بحيث لم يكن يهدف من ورائه، إلى وضع ترتيب لا يمكن مخالفته، وإنما كان ذلك مجرد تبيين لهذه الإجراءات، على أن يتم تطبيقها بحسب ما يقتضيه منطق الأمور، بحيث نادرا ما يقوم رب العمل بالإقدام على قرار التسريح دون أن تكون له مناوشة مع العامل بشأن خطأ ارتكبه أو ضرر ألحقه بالمؤسسة...إلخ، ومن ثم قد تكون هذه الحالة بمثابة فرصة لأن يستدعيه لتوضيح موقفه، ومن هنا يأخذ الاستماع مرتبته الأولى طبيعيا.

ومادام أن المادة 73 مكرر 02 وردت على العموم دون توضيح كافي لمضمون رسالة التبليغ، والشكل الذي تكون عليه، والمكان الذي توجه إليه، فإننا سنلجأ إلى القانون المقارن لمعرفة مضمون هذا الشرط والقواعد التي يجب أن يقوم عليها.

ونشير قبل تفصيل هذه الإجراءات الشكلية، أننا وبعد البحث والتحري في قرارات للمحكمة العليا الجزائرية، التي تخص موضوع الاستدعاء والاستماع للعامل، لم نجد قرارا واحدا عقب صدور قانون 90/11 يتكلم عن حالة لم يحترم فيها إجراء الاستماع، واتخذت بشأنه الغرفة الاجتماعية موقفا تفسيريا توضيحيا.

والسبب في رأينا، راجع -وقد لمسناه في عديد القضايا العمالية أمام المحاكم-، إلى أن المستخدم يجهل عادة ضرورة المرور عبر إجراء استدعاء العامل، والسماع إليه، ثم تبليغه بقرار التسريح.

فيتلخص الأمر عند اتخاذ رب العمل لقرار شفوي للعامل المرتكب للخطأ، بأن لا يعود ثانية لعمله، ويصر على موقفه إلى أن يرفع العامل دعوى قضائية يدّعي فيها تسريحه تعسّفيا ودون وجه حق، فتحكم له المحكمة بالتعويض لوجود تسريح تعسّفي ناجم عن عدم احترام الإجراءات الشكلية، دون الالتفات للمادة 73 مكرر 4 التي تعطي للمحكمة إمكانية إلغاء قرار التسريح وإجبار رب العمل على تصحيح الإجراءات.

وبالتالي ورغبة منهم في التخلص من العامل نهائيا، يقوم أرباب العمل، بدفع ما حكم به عليهم، دون التفكير في إطالة النزاع، مع أنهم لو حرصوا على تطبيق القاعدة القانونية بشأنهم، تطبيقا سليما، من طرف قضاة الموضوع، ورفعوا لأجل ذلك طعنا بالنقض ضد هذا الحكم الابتدائي النهائي، لأمكن لهم التخلص من هذا الحكم و ربما التوصل –بعد تصحيحهم للإجراءات–، إلى أن ما قاموا به اتجاه العامل هو تسريح تأديبي مبرّر، لوجود خطأ جسيم [[370]](#footnote-371).

لكل هذه الأسباب،ارتأينا أن نحيط بالعناية اللازمة في رسالتنا هذه، مواقف محكمة النقض الفرنسية، انطلاقا من قناعتنا، بأن ما شهدته الحياة المهنية في فرنسا، للمؤسسات، ستصل إليه في يوم ما، الحياة المهنية للمؤسسات الجزائرية، وإلاّ فما فائدة بحث، لا يستشرف المستقبل الذي ستكون عليه الأشخاص الطبيعية والمعنوية محل القاعدة القانونية التي يسعى إلى تطويرها؟

إيمانا بذلك، بدأنا بالحديث عن استدعاء العامل لأننا نعتقد أن لا يتم أي تسريح تبعا لمنطق سير علاقات العمل، قبل أن يستمع رب العمل للعامل، ولكي يستمع له، لابد أن يستدعيه لموعد يتم الإعلان عنه في رسالة الإستدعاء.

ويكون استدعاء العامل إجباريا مهما كانت خطورة الخطأ المرتكب[[371]](#footnote-372).

كما يجب أن يحترم إجراء الاستدعاء، ولو تم النص في الاتفاقية الجماعية بأن يكون عقد العمل متوقفا في حالة الغياب الغير مبرر مثلا، أو أن لا يحترم رب العمل إجراء اتفاقي فيما يخص التسريح.

وفي هذه الأحوال فإن السماع لا يمكن أن يعوض بمكالمة هاتفية Conversation téléphoniqueبحيث يشكل ذلك خروجا عن الإطار المسموح به.

غير أن صحة العامل إذا كانت لا تسمح له مثلا بالتوجه في اليوم المحدد لإجراء الاستماع، فإن ذلك لا يعيب الإجراءات ككل، أو أن يكون العامل غائبا عن مكان إقامته ساعة تسليم رسالة الاستدعاء، ولا يمكن أن يوجه اللوم للعامل الذي لم يحضر إلى جلسة الاستماع لأن هذا الإجراء مقرر أصلا لمصلحته.

غير أن وجود العامل محل توقيف تحفظيMise à pied conservatoire، لا يفرض احترام الإجراءات التأديبية، إذ أن التوقيف التحفظي يعطي لرب العمل إمكانية التفكير فيما يقرره بشأن العامل محل التوقيف، ولا يمكن أن يحرم العامل من راتبه الشهري في فترة التوقيف التحفظي، إلا إذا ارتكب خطأ جسيما.[[372]](#footnote-373)

أما ما يتضمنه الاستماع الأولي، فيجب أن ينصب على الأفعال الموجهة للعامل الأجير، ولا يمكن إثارة أفعال لاحقة، إذ تفرض هذه الأفعال اللاحقة ضرورة استدعائه من جديد.

وفيما يخص طريقة الاستدعاء فلابد من الإشارة إلى أن الرسالة المرسلة إلى العامل يجب أن تكون مضمونة الوصول بوصل يثبت ذلك، أو أن تسلم من يد ليد مقابل تسليم بيان بالتسلّم Contre décharge، وأن رفض العامل تسلّم رسالة الاستدعاء أو أن لا يبالي بها رغم أنها أرسلت إليه ووصل إلى علمه ذلك، فإن هذا ليس من شأنه أن يوقف السير الطبيعي للإجراءات.

كما اشترطت المادة 73 مكرر 02 في الفقرة 02 المضافة بقانون 21/12/1991، أنه وبمناسبة الاستماع للعامل، يمكن لهذا الأخير أن يصطحب عاملا من اختياره للحضور معه في جلسة الاستماع، ينتمي إلى الهيئة المستخدمة.

وما يعاب على مضمون هذه الفقرة، أن المشرّع الجزائري باشتراطه انتماء العامل الذي يتم اصطحابه إلى الهيئة المستخدمة، يكون قد حرم العامل من فرصة اصطحاب عامل يكون أكثر دراية بمشاكل العمل أوله تجربة في حضور جلسات سابقة، ولكنه ينتمي إلى هيئة مستخدمة أخرى، وبذلك يحرم العامل من إمكانية الاستفادة من خبرته في مناقشة رب العمل، وربما إقناعه بالعدول عن قرار التسريح.

كما يعاب من جانب ثاني، على هذه الفقرة،أنها تضع العامل الذي يحضر مع العامل المعني بإجراء الاستماع، في موضع صعب، اعتبارا من كونه سيكون حذرا من أي كلام مندفع، أو دفاع مستميت، أو نقاش حاد مع ممثل الهيئة المستخدمة، مخافة أن يتعرض لأي عقاب لاحقا، ولو كان بسيطا، قد يؤدي إلى المساس بمركزه داخل المؤسسة، أو أن يهزّ الثقة التي تربطه بالمستخدم.

إضافة إلى كون هذه الفقرة، لم توضّح ما إذا كان حضورهذا العامل المختار، ينجرّ عنه الحرمان من جزء من مرتبه.

وواقع الحال أن هذه الملاحظات التي أوردناها، إنما هي ناجمة في الأصل عن غياب أي توضيح لدور العامل المصطحِب، وحدود هذا الدور، وكذا الضمانات الممنوحة له ضد أي إجراء انتقامي من طرف رب العمل لاحقا، ممّا يجعل هذا الحق الممنوح للعامل المعني بالاستدعاء دون أي حماية ودون أي تفصيل لمقتضيات هذا الحضور ومعالجة تبعاته التي قد تجعل من هذه الإجراءات مضرة بالعامل محل الإستدعاء، والعامل الذي قام باصطحابه.

وهذا بعكس المشرّع الفرنسي، الذي فرض أولا على المستخدم، أن يرفق رسالة الاستدعاء بما يشير إلى إمكانية اصطحاب عامل أجير من أولائك المنتمين للهيئة المستخدمة، مع إمكانية أن يختار خبيرا لاصطحابه من خارج المؤسسة التي يعمل بها، إذا كانت لا تحتوي على مؤسسات تمثيلية، وذلك من بين أولئك المدوّنين في لائحة يضعها والي الإقليم[[373]](#footnote-374).

كما لم ينص المشرّع الجزائري، على مدى إلزامية حضور المستخدم أو من يمثله في هذا الاجتماع، رغم أن المنطق يفرض ضرورة أن يحضر ممثله على الأقل، لكون أن العامل المعني، لابد أن يجد من يصغى للدفوع التي يقدّمها لشرح موقفه.

ولم يوضح أيضا المشرّع الجزائري، فيما إذا كان تمثيل رب العمل يقتصر على الذين يشتغلون في مؤسسته أو التابعين لمؤسسته، في حين توصل الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى أن تمثيل رب العمل لا يمكن أن يكون إلا بشخص ينتمي لهذه المؤسسة[[374]](#footnote-375).

وزاد الاجتهاد القضائي الفرنسي في توضيح مقتضيات حضور رب العمل أو ممثله، في أن لا يقوم رب العمل باستدعاء الضحايا أو الشهود الذين حضروا الحادث L’incident محل الاستدعاء وتحويل اللقاء إلى ما يشبه تحقيق في ملابسات الحادث[[375]](#footnote-376).

**المطلب الثاني: السماع للعامل المعني بالتسريح.**

عند بدأ الاستماع للعامل، يجب على المستخدم أن يطلع العامل المعني بالاستدعاء على السبب أو الأسباب التي دعته إلى البدء في إجراءات التسريح.

وإعلام العامل بالأسباب الداعية لتسريحه، إجراء جوهري، يترتب على عدم احترامه أن لا يحرم العامل من التعويض - إذا ما رفع دعوى قضائية في هذا الشأن- بناءا على أن رب العمل سبق وأن أعلن عن هذه الأسباب في رسالة الاستدعاء[[376]](#footnote-377)، بل المطلوب أيضا أن يقوم بإسماعه بتلك الأسباب.

وإذا حدث و أن ظهرت أسباب جديدة للتسريح بعد القيام بالاستدعاء، فإن هذه الأسباب تعتبر لاحقة وجديدة يتعين على رب العمل أن يعيد الاستدعاء بشأنها قبل أن يرسل قراره النهائي بالتسريح للعامل المعني به.

وتجدر الإشارة إلى أن عدم إثارة السبب المذكور في رسالة الاستدعاء كسبب للتسريح مرة ثانية بمناسبة الاستماع للعامل، لا يمنع قضاة الموضوع من تأسيس قرارهم بأن هذا السبب هو سبب حقيقي وجدي للتسريح.

ولا يمكن للعبارات المستعملة من طرف العامل أثناء الاستماع إليه، أسبابا لتسريحه، إلا إذا كان متعسفا في استعمالها[[377]](#footnote-378)، كما يمنع تسجيل محتوى الاستماع للعامل، ويشكل الاعتداء على هذا المنع، مساسا بالحياة الخاصة، ويعاقب عليه جزائيا[[378]](#footnote-379) .

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية في مواقفها إلى الحديث عن ضرورة أن تكون اللغة المستعملة أثناء الاستماع للعامل، مفهومة من الطرفين، و في حالة تعذّر ذلك، يتم اللجوء إلى ترجمان يتم قبوله من الطرفين[[379]](#footnote-380).

وإضافة إلى كل ما سبق، اشترطت محكمة النقض الفرنسية أن يكون إجراء الاستماع انفراديا Individuel ، وبالتالي استبعاد أن يكون بحضور زملاء آخرون قد يكونوا محل إجراء بالتسريح، لأفعال ارتكبوها، وقد تكون في الكثير من الأحيان مشابهة لتلك التي يجري بشأنها الاستماع لهذا العامل[[380]](#footnote-381) .

وأما بخصوص مكان الاستماع للعامل المعني بالتسريح، فلم تشترط المادة 122–14 من قانون العمل الفرنسي أن يتم الاستماع في مكان العمل، ويكفي أن يكون الاستدعاء متضمنا للحضور إلى مقر المؤسسة[[381]](#footnote-382) ويستطيع العامل الحصول على تعويض، إذا ما كان مقر المؤسسة بعيدا، وبرهن أنه دفع مصاريف غير عادية، لتنقله إلى ذلك المكان، اعتبارا من أن مكان الاستماع كان بعيدا عن مقر المؤسسة.[[382]](#footnote-383)

وفي غياب نص قانوني أو تنظيمي، قرّرت محكمة النقض الفرنسية إعطاء تعريف لمكان الاستماع، بأن نصت على أن: "مكان الاستماع هو عادة المكان الذي تنفذ فيه علاقة العمل أو المقر الاجتماعي للمؤسسة وأن رب العمل، إذا ما اختار مكانا آخر للاستماع ،عليه أن يبرّر اختياره هذا"[[383]](#footnote-384).

وبخصوص تحديد تاريخ الاستماع للعامل، فلم ترى محكمة النقض الفرنسية عيبا إجرائيا عندما يكون السماع خارج أوقات العمل، إذا ما هو احترم الأجل المسموح به، بين تاريخ الاستدعاء وتاريخ السماع، بمقابل مالي عن ذلك، طالما أن الوقت الذي أمضاه في السماع سيكون وقتا مأجورا، إلاّ إذا حدث وأن لحق العامل بسبب السماع خارج وقت العمل، ضرر معيّن، فيمكنه في هذه الحالة طلب التعويض عنه[[384]](#footnote-385).

**المطلبالثالث: تبليغ قرارالتسريح.**

ارتأينا أن يكون العنوان على هذا الشكل،انطلاقا من أن عملية الإصدار في حد ذاتها، وقبل الحديث عن التبليغ مثلما نص عليه المشرّع الجزائري، إنما هي الأخرى تقتضي شروط معينة، أهمها أن يكون الإصدار ممّن يحوز الصفة المؤهلة لذلك، كأن يكون رئيس المؤسسة أو ممثله القانوني، وأن هذا الأمر لا يخلو من تعقيدات إذا لم يتم احترامه.

فيجب أن تكون رسالة التبليغ ممضاة من رب العمل أو ممثله.

فالتبليغ أو الإخطار[[385]](#footnote-386)، هو إعلان يوجّهه رب العمل، متضمنا رغبته في إنهاء العقد عن طريق التسريح لوجود داعي حقيقي له، فيتم السماح للعامل بتدبير أموره، والبدء في البحث عن عمل جديد.

وانطلاقا من أهمية التبليغ، فإنه يجب أن يصدر من ذي أهلية، وهي نفس الأهلية المشترطة لمباشرة عقد العمل، كما يجب أن يكون التبليغ كتصرف قانوني، خاليا من عيوب الإرادة، فإذا شاب الإخطار غلط لولاه لما أقدم الطرف الفاسخ على توجيه إخطار الفسخ، كان له أن يطلب إبطال هذا الإخطار.

ويترتب على كون الإخطار تصرفا قانونيا من جانب واحد، أنه لا ينتج أثره إلاّ من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجّه إليه، ويعتبر وصوله قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل عل عكس ذلك.

ويجب أن يتضمن الإخطار، تعبيرا جازما عن إرادة الإنهاء، فلا يكفي إخطار صاحب العمل للعامل بعدم رضاه عن عمله أو إخطاره له بأنه سيضطر إلى الاستغناء عنه، كما لا يجوز تعليق الإخطار بالإنهاء على شرط واقف أو فاسخ في قانون العمل المصري في مادته 112[[386]](#footnote-387)، وهذا ما لم نجده بالنسبة للقانون الجزائري، بحيث لم يرد نص واضح يمنع من أن يكون الإخطار في نفس الوقت إعلاما برغبة الإنهاء مع تعليقها على شرط أن يستجيب العامل لمطالب معينة، كالقبول بالتحويل إلى منصب آخر[[387]](#footnote-388) .

وأما طريقة التبليغ أو الإخطار، فإن الأمر في الجزائر يعود للنظام الداخلي الذي يجب أن ينظّم كفيات الإخطار والتبليغ وساعة الاستماع وكل ما يتعلق بالإجراءات الشكلية.

غير أن القانون الجزائري ومن خلال مصطلح التبليغ Notification يظهر لأول وهلة أنه اشترط الكتابة كطريقة للإخطار، غير أن ذلك ليس جازما، بحيث يمكن أن يكون المقصود من ذلك أن يصل المحتوي إلى علم المخاطب به، دون اشتراط طريقة معينة، ومن ثمة قد يكون الإخطار موجها إلى البريد الإلكتروني للعامل المعني به Son email ، أو أن يكون عن طريق الفاكس، فهل هذه الطرق مقبولة في عملية الإخطار؟

لم يتضمن النص الجزائري وضوحا يغني عن إمكانية العمل بإحدى هذه الطرق في التبليغ،وبالتالي يمكن الاعتماد على ما يتضمنه النظام الداخلي لكل مؤسسة، بحيث يكون النظام الداخلي بمثابة الوثيقة التي يتم الاعتماد عليها فيما يتعلق بطريقة الإعلام والإخطار.

وبالنسبة للمحكمة العليا فإنها قضت بمناسبة قرار صدر لها في 18/01/2000[[388]](#footnote-389) بين المزرعة النموذجية سي الظاوي من جهة والسيد (ع.ق.ب.أ) من جهة أخرى، في إحدى حيثيات القرار أن قاضي أول درجة أعطى تفسيرا خاطئا للمادة 9 من الأمر 96/21 المؤرخ في 09/07/96، المعدّلة والمتمّمة للمادة 73 مكرر4 من القانون 91/29 المؤرخ في 21/12/91 المتعلق بعلاقات العمل التي تفرق بين مخالفة القانون الإجرائي الذي يحتم على صاحب العمل احترام القواعد الإجرائية الملزمة، ومخالفة القانون الموضوعي الذي يتضمن قواعد موضوعية يجب احترامها.

وأنه بقضائه كما فعل، يكون قد أخلط بين القانونين الاثنين، وأخطأ في تطبيق القانون، وأنه "تواصل المحكمة العليا" لما كان قد تبين له أن صاحب العمل لم يخالف الإجراءات وعاين أن الخطأ المنسوب للمدعى عليه في الطعن يدخل ضمن أخطاء الدرجة الثانية[[389]](#footnote-390)، كان عليه أن يعاين بالنتيجة مخالفة مقتضيات المادة73 من القانون90/11 المؤرخ في21/04/1990 المعدّل بالقانون91/29، وبالتالي يطبق مقتضيات الفقرة2 من المادة9 من الأمر 96/21.

وبمقارنة الجزاء الذي أورده المشرّع الجزائري عند عدم احترام القانون الإجرائي "بحسب تعبير المحكمة العليا"، وذلك الجزاء الذي فرضه عند عدم احترام القانون الموضوعي "وهو الخاص بالتعسّف"، يتضح لنا أنه جعل من جزاء مخالفة الإجراءات الشكلية، أقوى من الجزاء المترتب على عدم وجود سبب مشروع للإنهاء، قياسا على الحالات التي ذكرتها المادة 73 من قانون 90/11.

فإقرار جزاء البطلان على عدم احترام إجراء من الإجراءات الشكلية، يعني أن التسريح يصبح باطلا ويستفيد العامل المعني بتعويض لا يقل عن الأجر الذي كان سيتقاضاه لو استمر في عمله[[390]](#footnote-391)، ولم توضح فيما إذا كانت الفترة التي يصحّح فيها رب العمل الإجراءات الشكلية السابقة لقرار التسريح، إمكانية أن يعود العامل إلى منصب عمله أو يبقى متوقفا عن العمل؟

ونحن نرى كإجابة من طرفنا على هذا السؤال، أن منطق ومفهوم فكرة البطلان تجعل من الإجراء الذي وقع باطلا، منعدما ولا أثر له، ومعنى ذلك، أن قرار التسريح يعتبر كأن لم يكن ويتم إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل اتخاذه، وبالتالي يكون من حق العامل الرجوع إلى منصب عمله بشكل عادي، ودون اعتراض من طرف رب العمل.

غير أن هذه الإجابة هي إجابة من حيث المنطق الذي تفرضه القواعد القانونية، في حين أن الواقع العملي يؤكد أنه من الصعب جدا أن يعود العامل إلى منصب عمله، دون أن ينجم عن ذلك شجار بينه وبين رب العمل نظرا للسوابق التي حدثت بينهما، بحيث تحولت العلاقة التي تربطهما إلى علاقة تشكيك وكراهية.

أضف إلى ذلك أن قانون العمل كقواعد قانونية خاصة مختلفة عن القواعد العامة للقانون المدني، وطبقا لقاعدة الخاص يقيد العام، فإنه كان من اللازم على المشرّع الجزائري أن يضع نصا قانونيا يعالج الآثار التي يفرزها البطلان.

وفي هذا الصدد نقترح أن يتم إثراء الفقرة الأولى للمادة 73 مكرر4 الخاصة ببطلان الإجراءات الشكلية، بإمكانية القاضي أن يحكم بإيقاف علاقة العمل بعد إبطال قرار التسريح "إذا كان هناك سبب حقيقي وجدي"، لمدة شهرين من تاريخ النطق بالحكم، لتمكين رب العمل من تصحيح الإجراءات التي لم يحترمها.

وفي حالة فوات مدة شهرين ودون رجوع للمحكمة لإثبات تسويته لهذه الإجراءات، تعود علاقة العمل بين الطرفين لإنتاج آثارها كاملة، مع رجوع العامل إلى منصب عمله[[391]](#footnote-392).

وأما أن يكون التسريح غير مشروع وليس له سبب حقيقي وجدّي، وإضافة إلى ذلك لم تحترم فيه الإجراءات الشكلية، فهنا يصدر القاضي حكمه برجوع الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل اتخاذ قرار التسريح، بكل ما تقتضيه علاقة العمل العادية.

وتجدر الإشارة أيضا، إلى أن القاضي وفي جميع الأحوال، وإن كان يملك إبطال التسريح لعدم احترام الإجراءات الشكلية، فإنه لا يملك إمكانية تعديله أو إحلال جزاء آخر بدلا له، لأن المحكمة ليست لها سلطة التأديب[[392]](#footnote-393).

وبالرجوع للقانون الفرنسي نجده أبعد أي تأويل للطريقة التي قد تعطى لعملية الإخطار بحيث نص في المادة 122/14-1 على ما يلي :

«L’employeur qui décide de licencier un salarié doit notifier le licenciement par lettre recommandée avec demande d’avis de réception ; la date de présentation de la lettre recommandée fixe le point du départ du délai-congé».[[393]](#footnote-394)

فعبارة Demande d’avis de réceptionتعني أن طريقة الإرسال بالبريد هي الطريقة الوحيدة، المعتمدة دون أية طريقة أخرى، وممّا يدعم ذلك أن محكمة النقض الفرنسية وفي نفس السياق اعتبرت في قرار لها مؤرّخ في 08/11/1978، أن الرسالة مضمونة الوصول Lettre recommandée يمكن استبدالها بمحضر صادر عن المحضر القضائي، ممّا يعني إستبعاد فرضية الإخطار شفاهة، أو عن بعد بطريق الفاكس أو البريد الإلكتروني.

وأما المشرّع المصري فقد نص في المادة 110 من قانون العمل الجديد على أن يكون الإخطار بالإنهاء كتابة،[[394]](#footnote-395)دون تفصيل لنوعية الكتابة، وهل هي أصلية أو منسوخة عبر الفاكس مثلا[[395]](#footnote-396).

ولعل البحث في طبيعة الإخطار وملاحظة اشتراط أو عدم اشتراط المشرّع في أي بلد ضرورة الكتابة من عدمها، إنما ستترتب عليه نتائج قانونية، أوّلها أن النص عليها صراحة بنص قانوني يجعل منها ركنا لازما لعملية الإخطار، بينما لو لم تشترط بنص واضح، فإنه إضافة إلى الإبهام فيما يخص توافق الاتجاه القضائي في اعتبارها الطريقة الوحيدة المقبولة في الإخطار دون غيرها، فإن ذلك ستنجم عنه صعوبة الإثبات بالنسبة لرب العمل إذا ما إحتج العامل على تاريخ إخطاره، مما يجعل الطريقة الواضحة التي اشترطها المشرّع الفرنسي هي الأقرب للصحة والأقرب لحماية حقوق الطرفينفي ترتيب الالتزامات والحقوق.

وأما الجزاء المترتب على عدم احترام الإجراءات الشكلية، فان ما أوجب المشرّع الجزائري ضرورة احترامه بخصوص ممارسة السلطة التأديبية من قواعد وإجراءات، فإنه وارد على سبيل الإلزام، بغرض تحقيق التوازن بين سلطة رب العمل التأديبية التي يمارسها على العامل، وحق هذا الأخير "العامل" في الاضطلاع على ما نسب إليه والدفاع عن نفسه، ويترتب على عدم احترام هذه الإجراءات تغييب الحكمة من وجود هذا النص القانوني الآمر، مما يستوجب معه بطلان الجزاء التأديبي، وذلك ما ورد في نص المادة 73 مكرر4 المعدلة والمتممة بالأمر 96/21 المؤرخ في 09/07/1996[[396]](#footnote-397).

والفرق الذي استحدثه المشرّع الجزائري في المادة 73 مكرر4 التي أضافها بقانون 91/29 المؤرخ في 21/12/1991، أن البطلان في ظل هذا القانون "91/29" كان بناءا على طلب المعنى بالأمر، وهو العامل، وجاءت صيغتها على سبيل التخييرLe travailleur peut introduire une demande en annulation ، وبالتالي إذا رفعت دعوى قضائية بشأن أثر أو حق من الحقوق الناجم عن ممارسة السلطة التأديبية، فإن المحكمة لا تتطرق إلى إمكانية إبطال قرار التسريح، طالما لم يشر العامل في عريضة افتتاح دعواه إلى رغبته في إبطال جزاء التأديب.

بينما في ظل التعديل الذي ذكرناه للمادة 73 مكرر4 الذي استحدثه الأمر 96/21، فإن المحكمة وبمجرد رفع دعوى قضائية من طرف العامل، بخصوص كيفية ممارسة رب العمل لجزاء التأديب الموقع عليه، يكون لها الحق في فحص مدى احترام الإجراءات القانونية والاتفاقية الإجبارية، ويمكن لها أن تنطق ببطلان التسريح التأديبي لعدم احترام تلك الإجراءات، دون أن تنظر فيما إذا أبدى العامل رغبته في ذلك، وهذا في الحقيقة يغير دورها، بحيث يصبح ذلك من النظام العام، بينما وفي قانون 91/29 كان ذلك يتم بناءا على طلب العامل المعني بالأمر.

وأكثر من ذلك، وفي ظل التعديل الجديد للمادة 73 مكرر4 بالأمر 96/21 يكون من صلاحية المحكمة، أن تأمر رب العمل بإتمام الإجراءات التي لم يحترمها، مع فرض تعويض للعامل على نفقة رب العمل، لا تقل عن المبلغ الشهري الذي يتقاضاه العامل كما لو أنه استمر في عمله[[397]](#footnote-398).

وكل ما أوردناه في الإجراءات الشكلية الواجب على رب العمل احترامها عند إقدامه على تسريح العامل تأديبيا، والجزاء المترتب على عدم احترامها، إنما هي إجبارية قبل الحديث عن شرعية التسريح.

وتبقى ضرورة احترام إجرام شكلي آخر يتوقف عليه قبول الدعوى القضائية التي سيرفعها العامل الأجير ضد قرار التسريح، وهو الإجراء المتعلق بعرض الخلاف الفردي على مكتب المصالحة لرفع دعوى قضائية أمام المحكمة من أحد طرفي علاقة العمل.

فبعد إتمام هذه الإجراءات الشكلية، هناك مناسبة شكلية أخرى، يفترض معها أن يحضر رب العمل إلى موعد يتم تحديده من طرف هيئة لا تقل أهميتها الشكلية بالنسبة للعامل الأجير، الذي قد يجد نفسه مجبرا على عرض خلافه مع المستخدم على المحكمة الاجتماعية المختصة، وهذه الهيأة هي مكتب المصالحة.

ففي قانون 90/04 المؤرخ في 06/11/1990 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل نصت المادة 20 منه على أنه ومع مراعاة أحكام المادة 7[[398]](#footnote-399) من قانون الإجراءات المدنية، تنظر المحاكم الفاصلة في المسائل الاجتماعية فيما يلي:

- الخلافات الفردية للعمل والناجمة عن تنفيذ أو توقيف أو قطع علاقة عمل، أو عقد تكوين أو تمهين...

فمن بين ما ذكره المشرّع الجزائري في هذه المادة عملية قطع علاقة العمل، وهي الخاصة بإنهاء هذه العلاقة من جانب رب العمل منفردا وتتمثل على الخصوص في التسريح التأديبي.

ومن جانب آخر تنص المادة 19 من نفس القانون 90/04 على أنه " يجب أن يكون كل خلاف فردي خاص بالعمل موضوع محاولة للصلح أمام مكتب المصالحة قبل مباشرة أي دعوى قضائية..."[[399]](#footnote-400).

ومعلوم أن الدعوى القضائية التي سيرفعها العامل الأجير، قد تكون بسبب قرار التسريح التأديبي الذي اتخذه رب العمل في حقه، وبالتالي فإنه ملزم قبل اللجوء إلى المحكمة من أن يمر عبر مكتب المصالحة، وهو إجراء شكلي إجباري ترفض الدعوى القضائية عند تخلفه[[400]](#footnote-401).

يتضح مما سبق، أن ما يقرّره القضاء بشأن عدم احترام رب العمل للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المادة 73 مكرر4 في فقرتها الأولى عند اتخاذه لقرار التسريح التأديبي، "أي ما يقرره القضاء"، لن يكون قبل المرور على مكتب المصالحة بطلب من العامل الأجير، وبالتالي لن يكون هناك حديث على أن قرار التسريح باطل من دون محكمة، ولا حديث عن المحكمة من دون حديث عن مكتب المصالحة[[401]](#footnote-402).

غير أن مكتب المصالحة، ومثلما لاحظت الأستاذة حمدان[[402]](#footnote-403)، لا تصله المعلومات المتعلّقة بالملف الذي تم طرحه لمحاولة المصالحة، مباشرة بعد عرضه أمام القاضي، ورأت بأن نظام معلوماتي مستمر للهيآت التي تشرف على المصالحة سيساعد على تحقيق أفضل محاولة للمصالحة.

يتّضح إذن أن حكم البطلان الذي تصدره المحكمة بمناسبة تطبيق الفقرة 1 من المادة 73 مكرر4 يفرض ضرورة التأكّد من احترام المادة 19 وما يليها من قانون 90/04 المؤرخ في 06/11/1990 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل.

ورأى جانب من الفقه[[403]](#footnote-404) أن العبارة التي استخدمها المشرّع الجزائري في المادة 02 من قانون 90 /04 المتمثلة في "... إذا لم يتم حله في إطار عمليات تسوية داخل الهيئات المستخدمة"، هي عبارة زائدة ولا معنى لها، لأن المنازعة في أصلها وأساسها ما هي سوى الخلاف في حد ذاته في أية مرحلة كانت.

ونحن لا نتفق مع هذا الرأي للسببين التاليين:

1. أن الدليل على كون المشرّع الجزائري فرّق بين مرحلة الاختلاف داخل الهيئة المستخدمة والمرحلة التي يعرض فيها على القضاء، هو أن يكون عرض هذا الخلاف على مكتب المصالحة إجراء شكلي جوهري، فرضته المادة 19 من قانون 90/04 قبل اللجوء إلى المحكمة، فلو كانت المرحلتين متشابهتين لما فرض المشرّع الجزائري محاولة المصالحة كشرط للّجوء للمحكمة.
2. أن هذا النزاع بين العامل ورب العمل لو حدث وأن وضعت قضيته بين أيدي القاضي، فإن هذا الأخير "القاضي"سيصدر عنه حكم قضائي في هذا النزاع بصفة حتمية[[404]](#footnote-405)، وبالتالي يكون الخلاف قد تم حله بواسطة القضاء بأية صفة كانت[[405]](#footnote-406).

يتضح إذن أن مرحلة الاختلاف بين العامل ورب العمل داخل المؤسسة هي مرحلة تختلف عن المرحلة التي يعرض فيها نزاعهما على القضاء.

وفي هذا الصدد، وبالاضطلاع على أحكام قانون العمل الفرنسي، نجده نص في المادة 511-1[[406]](#footnote-407) على إعطاء صلاحيتين مختلفتين للمجالس العمالية التي تنظر في نزاعات العمل Les conseils de prud’hommes statuant en matières de conflits du travail، فبالرّغم من الطابع القضائي لهذه المجالس العمالية إلاّ أن المشرّع الفرنسي أعطاها بادئ الأمر إمكانية أن تقوم بحلّ مختلف النزاعات التي تحدث Les différends qui peuvent s’élever[[407]](#footnote-408) بمناسبة عقد العمل المبرم بينهما، ثم إمكانية أن تحكم بحكم قضائي في النزاعات التي لم يتم حلها بالمصالحة.

وليس هناك تشابه بين هذا النص في قانون العمل الفرنسي، والنص الموجود في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، من خلال المادة التي تسمح للقاضي الجزائري بإمكانية إجراء محاولة الصلح في أية مادة كانت[[408]](#footnote-409).

فهذا النص هو نص عام تخضع له جميع المنازعات المعروضة على ساحة القضاء الجزائري، في حين خص المشرّع الفرنسي في قانون العمل الهيئة القضائية لشؤون العمال "مجلس العمال" بصلاحيتين اثنتين، تختلف الواحدة عن الأخرى، من حيث الطبيعة والأهداف، فعندما ينظر مجلس العمال بصفته محاولا أن يصالح بين العامل ورب العمل فإن ما يصدر في هذه الحالة ليس حكما قضائيا.

كما سمح قانون العمل الفرنسي من جهة أخرى إمكانية استحداث لجان متساوية الأعضاء[[409]](#footnote-410)، عن طريق الاتفاق، و ذلك على المستوى المحلي أو الإقليمي أو الجهوي، والتي من بين مهامها دراسة الاحتجاجات الفردية أو الجماعية التي تفرزها علاقة العمل، كما من بين مهامها دراسة كل حالة متعلقة بظروف العمل.

وهذه الهيئة المتساوية الأعضاء لم نجدها في القانون الجزائري 90/04 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل[[410]](#footnote-411)، وبالتالي لا نجد ما يقابل هذه الهيئات المتساوية الأعضاء في القانون الجزائري سوى مكاتب المصالحة، وهي المكاتب التي تصدر محاضر إما بالمصالحة أو عدم المصالحة، وأعطى المشرّع الجزائري لمحاضرها حجة إثبات بالمادة 32 لا يمكن إسقاطها إلا بالطعن بالتزوير.

وطالما يتمتع هذا المحضر بالحجية التامة فإنه ليست الأطراف الموقعة عليه ملزمة به لوحدها، وإنما يكون القاضي ملزما بتطبيقه، ويجب عليه في حالة عدم تنفيذ اتفاق المصالحة من أي من الطرفين وعند عرض الطرف الآخر لدعواه، من أن يحكم بالتنفيذ المعجل لهذا الاتفاق، مع فرض غرامة تهديدية يومية لا تقل عن 25% من الراتب الشهري الأدنى المضمون[[411]](#footnote-412).

**المطلب الرابع: موقف المحكمة العليا من الإجراءات الشكلية للتسريح التأديبي:**

تعطي المحكمة العليا باعتبارها الجهة القضائية العليا في الجزائر سندا قويا لمن يحاول تفسير نص قانوني أو الوصول إلى ما كان يقصده المشرّع من إصداره لقاعدة قانونية معينة.

ومن هذا المنطلق، ومثلما أعطت مواقف معينة اتجاه مواضيع شائكة في قانون العمل، كالتسريح المعتبر تعسفيا أو مسألة إرجاع العامل، أعطت الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا أيضا رأيها فيما يخص إجراءات التأديب الواجب إتباعها من طرف رب العمل، وفيما إذا كانت من النظام العام، ثم ضرورة ذكر الخطأ في قرار التسريح المرسل للعامل، ثم ضرورة التزام القاضي بالخطأ الوارد في قرار التسريح.

وهذا ما سندرسه تباعا بحسب القرارات الثلاثة التي أصدرتها المحكمة العليا والتي وقع اختيارنا عليها لأهميتها.

**1- في مدى اعتبار إجراءات التأديب من النظام العام:**

في قضية عرضت عليها بعد الطعن بالنقض من طرف المؤسسة العمومية للرهان الرياضي بتاريخ 30/08/1998 ضد الحكم الاجتماعي الصادر في 23/05/1998 عن محكمة بئر مراد رايس، أصدرت الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا قرارا بتاريخ 21/03/2001[[412]](#footnote-413) ملخصه أن قاضي أول درجة لما قضى بإلغاء مقرر التسريح و الأمر بتصحيح الإجراءات التأديبية عملا بالفقرة الأولى من المادة 73/4 المعدلة والمتمّمة بالأمر 96/21 المؤرخ في 09/07/1996 يكون قد خالف القانون.

وفي ما يلي عرض لحيثيات هذا القرار :

تمثلت وقائع هذه القضية في كون أنه وبتاريخ 24/09/1997 قانت المؤسسة العمومية للرهان الرياضي باتخاذ قرار طرد عامل لديها.

إثر ذلك وبعد عرض النزاع على القاصي حكمت محكمة بئر مراد رايس بتاريخ 23/05/1998 بإلغاء قرار الطرد التعسّفي مع إلزام المدعى عليه بتطبيق الإجراءات القانونية وفقا للمادة 09 من الأمر 96/ 21.

وبعد ذلك وفي 30/08/1998 قامت المؤسسة العمومية للرهان الرياضي بالطعن بالنقض.

وكان الإشكال القانوني المطروح أمام القضاء معرفة إذا كان المشرّع الجزائري من خلال نصّه على ضرورة أن يتم تدارك الإجراءات التي لم تحترم، يقصد بذلك التسريح التأديبي أو نوع آخر من التسريح؟

وكان رد المحكمة العليا على هذا الإشكال القانوني، هو أن ما يقصدهالمشرّع في هذا النص من تصحيح للإجراءات القانونية و/أو الاتفاقيةالملزمة، لا يمكن أن يتعلق بالإجراءات التأديبية، ذلك أن هذه الإجراءات من النظام العام، ولا يمكن تدارك الأخطاء أو المخالفات التي قد تشوب سريانها، وأن ما يقصده المشرّع هي الإجراءات المتخذة في التسريح غير التأديبي، وعليه يكون ما قضى به الحكم المطعون فيه مخالفا للقانون ويتعين عندئذ نقضه.

فالمبدأ المستخلص، أنه لا يمكن أن يتعلق تصحيح الإجراءات القانونية و/أو الاتفاقية المنصوص عليها في المادة 73/4 المعدلة والمتممة بالأمر 96/21 المؤرخ في 09/07/1996 ملزمة بالإجراءات التأديبية، لأن هذه الإجراءات من النظام العام، ولا يمكن تدارك الأخطاء أو المخالفات التي قد تشوب سريانها، وإنما يقصد بها الإجراءات المتخذة في التسريح غير التأديبي.

وكتعليق شخصي على موقف المحكمة العليا في هذا القرار، فإننا نتفق فيما ذهبت إليه في اعتبار إجراءات التسريح التأديبي من استدعاء وسماع أولي، من النظام العام ولا يجوز تصحيحها، ولكن نختلف مع المحكمة العليا في الحيثية الأخيرة التي اعتبرت فيها أن الإجراءات التي يقصدها المشرّع الجزائري هي تلك المتعلقة بالتسريح غير التأديبي، إذ لا يوجد ما يسمى بالتسريح غير التأديبي كمصطلح دقيق بعد أن تم حذف المادة التي كانت تتكلم عن التسريح الفردي و الجماعي[[413]](#footnote-414).

ولم يبق أمام رب العمل إذا ما أراد أن ينهي علاقته بالعامل دون أن يكون هناك داع لتأديبه، إلا فسخ هذه العلاقة طبقا للقواعد العامة، هذا من جهة، ومن جهة ثانية لا يعقل أن تتحدث المادة 73/4 في فقرة منها على التسريح التأديبي، ثم تنتقل للحديث عن إجراءات متعلقة بالتسريح لأسباب اقتصادية،ثم تنظيم التسريح لأسباب إقتصادية، بمراسيم خاصة !

وحتى الرد على ملاحظتنا هذه، بأن التسريح لأسباب اقتصادية ما هو إلا تسريح فردي لكل عامل من المجموعة التي ينوي رب العمل تسريحها لأسباب اقتصادية، هو رد لا يرقى لأن يكون مؤسسا قانونا، على اعتبار أن التسريح لأسباب اقتصادية له إجراءاته الخاصة التي نص عليها المرسوم التشريعي 94/09، والمتمثلة أساسا في الشبكة الاجتماعية على مرحلتين[[414]](#footnote-415)، أضف إلى ذلك أن التسريح الذي تدعو إليه الأسباب الاقتصادية، لن يتم التغلّب على هذه الأسباب والتغيّرات الاقتصادية، عن طريق تسريح عامل واحد فقط؟

**2- في مدى إلزامية المرور عبر لجنة التأديب:**

في قضية عرضت عليها بعد الطعن بالنقض من طرف عامل أجير (أ.و) في الحكم الصادر عن محكمة بودواو بتاريخ 16/05/2001 والقاضي برفض الدعوى لعدم التأسيس، أصدرت المحكمة العليا قرارها في 11/05/2005[[415]](#footnote-416) ضمنته الرد على الدفوع التي أثارها الطاعن (أ.و) في كون أن الحكم لما ناقش الخطأ الجسيم المنسوب إلى الطاعن، ووقف على أنه ثابت بحكم جزائي نهائي، وقضى بأن تسريحه غير تعسّفي، فإن الحكم المطعون فيه استبعد ضمنيا مناقشة الإجراءات التي تمسكت بها الطاعنة، ذلك أن إحالة العامل على لجنة التأديب لم تصبح إلزامية بموجب القانون وإنما يجب أن يتضمنها النظام الداخلي للمؤسسة، وعليه فإن الحكم المطعون فيه طبق صحيح القانون.

وفي مايلي عرض لوقائع النزاع والإشكال الذي كان مطروحا ورد المحكمة العليا :

لقد تمحورت وقائع هذه القضية في أنه حدثت رشوة داخل شركة الآجور والقرميد وحدة بوزقزة، تورط فيها محاسب الشركة، الذي كانت تربطه علاقة عداوة بالعامل محلّ التسريح، فقام بتوريطه في قضية رشوة، فقامت الشركة بتسريح هذا العامل اعتبارا من أن اسمه تم تداوله في إجراءات التحقيق مع المحاسب، دون أن تمر على لجنة التأديب.

إثر ذلك صدر حكم عن محكمة بودواو بتاريخ 16/05/2001، قضى برفض الدعوى لعدم التأسيس بعد أن قام العامل بتحريك الدعوى أمامها .

وبعد ذلك قام العامل المعني بإيداع عريضة الطعن بالنقض في 03/03/2002

وكان الإشكال القانوني المطروح أمام القضاء الوصول إلى معرفة هل الإحالة على لجنة التأديب منصوص على إجباريتها قانونا؟

وكان رد المحكمة العليا عن طريق مناقشة الأوجه التي أثارها الطاعن والمتمثلة في مخالفة أو الخطأ في تطبيق القانون، بدعوى أن الحكم محل الطعن لم يناقش، ولم يتطرق إلى كل الدفوع والطلبات القانونية والإجرائية والتي تمسك بها الطاعن أمام المحكمة فيما يخص مقرر التسريح الذي اتخذته المطعون ضدها تجاهه دون إحالته على لجنة التأديب، رغم أن إحالة العامل على لجنة التأديب يعتبر إجراء جوهريا تنص عليه المواد 73/3 و71/2 من القانون 90/11 المؤرخ في 21/04/1990 المعدل والمتمم والمتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل.

لكن حيث أن الحكم المطعون فيه لمّا ناقش الخطأ الجسيم المنسوب إلى الطاعن ووقف على أنه ثابت بحكم جزائي نهائي و قضى بأن تسريحه غير تعسّفي، فإن الحكم المطعون فيه استبعد ضمنيا مناقشة الإجراءات التي تمسكت بها الطّاعنة، ذلك أن إحالة العامل على لجنة التأديب لم تصبح إلزامية بموجب القانون، وإنما يجب أن يتضمنها النظام الداخلي للمؤسسة.

وعليه فإن المطعون فيه طبق صحيح القانون. مما يجعل الوجه غير مؤسس.

عن الوجه الثاني المأخوذ من انعدام أو قصور أو تناقض الأسباب، ذلك أن المطعون ضدها حاولت أن تبرّر القرار المتضمن تسريح الطاعن بالحكم الجزائي الصادر ضده بتاريخ 11/07/2000. لكن هذا الحكم غير كاف لطرده بدون رأي لجنة التأديب، إذ أن المؤسسة ملزمة بإثبات ارتكاب العامل خطأ جسيما.

وأن لجنة التأديب هي التي تقدّر وتقرّر في هذا الشأن، كون الطاعن كان محل توريط من قبل محاسب المؤسسة الذي توبع جزائيا بجريمة الرشوة، وجرّه معه لأسباب شخصية، وذكره في القضية الجزائية ظلما وعدوانا، نظرا للخلافات والعداوة التي كانت قائمة بين المتهم الرئيسي والطاعن. وبالتالي فإن الحكم الجزائي المحتج به لا يعني حقيقة بأنه مسؤول عمّا وقع أو أنه ارتكب خطأ جسيما حسب ما تقتضيه المادة 73 من القانون 90/11. وهذا ما يجعل الحكم المطعون فيه لم يقدّر جيدا الوقائع، وخال من التسبيب، ممّا يعرضه إلى النقض.

لكن حيث فضلا عن أن الطاعن لم يقدم ما يثبت أن اللجنة هي التي تقدّر الوقائع خلال إحالة العامل أمامها، ذلك أن الإحالة أمام هذه اللجنة، كما سبق توضيحه خلال الإجابة عن الوجه الأول، لم تعد إلزامية، إلاّإذا نص على ذلك النظام الداخلي للمؤسسة، فضلا عن ذلك فإن الطاعن يناقش من خلال هذا الوجه الوقائع الجزائية التي انتهت بحكم نهائي، والذي عليه، أن يطعن فيه أمام الجهة القضائية المختصة، وعليه فإن الوجه غير سديد يتوجب الرفض.

ولهذه الأسباب، قررت المحكمة العلياقبول الطعن بالنقض شكلا و رفضه موضوعا.

فما يستخلص من هذا القرار أن لجنة التأديب لم تعد إلزامية إلا إذا نص عليها النظام الداخلي للمؤسسة[[416]](#footnote-417).

إن أهمية النظام الداخلي تبرز من خلال هذه المسائل المتعلقة بحقوق طرفي علاقة العمل سواء بالنسبة للعامل، كما هو الحال بالنسبة للجنة التأديب ومدى الزاميتها، أو بالنسبة لرب العمل فيما يخص تنظيم شؤون مؤسسته.

**3- في التزام القاضي بالخطأ الوارد في قرار التسريح المبلّغ للعامل:**

في قضية عرضت على المحكمة العليا بعد الطعن بالنقض من طرف المؤسسة الوطنية لتسيير المياه ضد الحكم الصادر عن محكمة عنابة بتاريخ 28/07/2003 الذي ألزمها بإعادة إدراج المطعون ضده في منصب عمله الأصلي مع احتفاظه بالامتيازات المكتسبة، أقرت الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا بقرار مؤرخ في 05/12/2006[[417]](#footnote-418) "بعد أن ذكرت الطاعنة وهي المؤسسة، أن تسريح المطعون ضده بسبب الغياب عن منصب عمله الذي دام عشرين يوما دون انقطاع بالرغم من الإنذارات الموجهة له، وهو ما لم ينكره المطعون ضده مبررا إياه بكونه كان يعاني مشاكل عائلية"، أنه يتبين فعلا من الحكم المطعون فيه، أنه أسس قضاءه لإعادة إدراج المطعون ضده في منصب عمله على أن تسريح العامل كان بسبب اتهامه لارتكاب خطأ ذي طابع جزائي.

وهو الأمر الذي أقرّت به المؤسسة المستخدمة في مذكرة جوابها وأمام مكتب المصالحة وقبل إدانته بالخطأ المنسوب إليه من طرف الجهة القضائية المختصة، في حين أن الخطأ الوارد في قرار تسريح المطعون ضده هو الغياب عن العمل رغم إعذاره من الهيئة المستخدمة والذي تضمنه قانونها الداخلي في مادتيه 161 و162، ولا يجوز لقاضي الموضوع تغيير الخطأ المنسوب للعامل أو استبداله بخطأ آخر، بل كان عليه مناقشة الخطأ المنسوب إلى العامل، والوارد في قرار تسريحه مناقشة قانونية، وباستبعاده للإنذارين الموجهين للمطعون ضده أثناء غيابه بدون مناقشة، فإن قاضي أول درجة يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وقصرّ في تسبيب ما قضى به، ممّا يعرض حكمه للنقض والإبطال.

لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن بالنقض شكلا، وفي الموضوع نقض وإبطال الحكم المطعون فيه، الصادر عن محكمة عنابة بتاريخ 28/07/2003 وإحالة الدعوى والأطراف أمام نفس الجهة القضائية للفصل فيها من جديد بهيئة مختلفة وطبقا للقانون.

فحاصل ما قرّرته المحكمة العليا أن القاضي ملزم بمناقشة الخطأ الوارد في قرار التسريح، ولا يجوز له تغييره.

**المبحث الثالث: الشروط المطبقة على فئات عمالية خاصة.**

المقصود من ذلك أن هناك إجراءات يجب احترامها، لمّا يتعلق الأمر بتسريح عامل أجير ينتمي لفئات عمالية معينة، فالتسريح التأديبي على العامل الأجير الغير مكلف بمسؤولية تسيير مجموعة من العمال أو الإشراف على القيام بعمل معين يقتضي إشرافا قياديا، ليس نفس التسريح التأديبي المطبق على العامل المتمتع بهذه الصفة الرئاسية التي تفرض نوعا من الخصوصية.

كما أن العامل الذي ينال ثقة عمال المؤسسة في التنظيم النقابي لتمثيلهم والدفاع عن مصالحهم، يصبح في مركز ملفت للنظر، وقد تكون نضالاته، والمطالب التي يرفعها باسم العمال، سببا في انتظار رب العمل للفرصة الأولى، للقيام بتسريحه.

لذلك سنقوم بدراسة نظام التسريح المطبق على مسيّري المؤسسات، ثم نظام التسريح المطبق على الممثل النقابي، وذلك في ا المطلبين التاليين:

**المطلب الأول:** نظام التسريح المطبّق على مسيّري المؤسسات.

**المطلب الثاني:** نظام التسريح المطبّق على العمال المنتمون لنظام حمائي خاص.

**المطلب الأول: نظام التسريح المطبق على مسيّري المؤسسات.**

المرجعية القانونية في الحديث عن التسريح المطبق على مسيّري المؤسسات، هو المرسوم التنفيذي رقم 90/290 المؤرخ في 29/09/1990 المتعلق بالنظام الخاص بعلاقات العمل لمسيّري المؤسسات.

إن مسيّر المؤسسة معناه امتلاكه للصفة الرئاسية، وهي الصفة التي تجعله في وضع متميز، بحيث يتعين تقدير خطئه بصورة أشد من العامل العادي، ويعتبر خطؤه بالتالي جسيما، حتى لو كان مجرد خطأ عادي بالنسبة للعامل المرؤوس، ويرجع ذلك إلى الاعتبارات المتعلقة بكون أن المركز الرئاسي للعامل يعطيه سلطة من الناحية الإدارية أو الفنية بالمنشأة، بحيث أن خطأه يمكن أن يعرض المنشأة لأخطار جسيمة، كما أن الرئيس يضرب المثل الأعلى للعمال المرؤوسين.

فإذا انحرف في أداء عمله، فإن ذلك قد يغري سائر العمال على ارتكاب الخطأ، وما سيتبع ذلك من الإخلال بحسن إدارة المنشأة، وأن عنصر الثقة يلعب دورا هاما في العلاقة بين صاحب العمل ورئيس العمل، بحيث أن ارتكاب الخطأ من جانب رئيس العمل يعتبر إهدارا لهذه الثقة[[418]](#footnote-419).

وقد استقر القضاء الفرنسي على اعتبار خطأ العامل جسيما بناءا على صفته الرئاسية[[419]](#footnote-420)، وقد قضي تطبيقا لذلك بجسامة خطأ رئيس العمل إذا قام بأعمال تضر بالمؤسسة، بأن اشترى أشياءا معيّنة من مؤسسة أخرى، يشترك بنصيب كبير في رأسمالها، بحيث تجتمع لديه صفتا المورّد والمشتري في نفس الوقت، ممّا يعرض المنشأة التي يشتغل فيها لأضرار جسيمة.

فمثل هذا الخطأ، يمثل استغلالا لسلطته، وإهدارا للثقة اللازمة لاستمرار العلاقة بين صاحب العمل ورئيس العمل، وبناءا على هذه الاعتبارات، فإن استيلاء رئيس العمل على أموال المؤسسة يجعل من خطئه جسيما، حتى لو ثبت لديه نية ردّ هذه الأموال[[420]](#footnote-421).

وإذا عدنا للمرسوم التنفيذي 90/290 المتعلق بمسيري المؤسسات، نجده تضمن أحكام وقواعد قانونية تجعل من هذه الفئة تخضع عند انتهاء علاقاتها لإجراءات تختلف عن تلك الواردة في قانون 90/11 المتعلقة بتسريح العمال الأجراء.

وقد نصت المادة الأولى من هذا المرسوم على أنه ووفقا للمادة 4 من القانون 90/11، يبين هذا المرسوم النظام الخاص بعلاقات العمل التي تخص مسيري المؤسسات[[421]](#footnote-422).

وعرّفت المادة 2 من المرسوم 90/290 مسير المؤسسة بأنه:

- المسير الأجير الرئيسي "المدير العام والوكيل أو/أي مسير أجير رئيس آخر" لأي شركة ذات رؤوس أموال، تربطها علاقة عمل بجهاز الإدارة "مجلس إدارة أو مجلس مراقبة أو/أي جهاز إداري آخر" للشركة المذكورة.

- إطارات المديرية الذين يساعدون المسير الأجير الرئيسي للشركة المذكورة".

وبمناسبة فصلها في قضية تربط بين مسير شركة التعمير والبناء وعامل أجير[[422]](#footnote-423)، قضت المحكمة العليا بأنه ولمّا يعاب على الحكم المطعون فيه أن المحكمة الاجتماعية غير مختصة للفصل في النزاع كما سبق للطاعن وأن أثاره أمام المحكمة الابتدائية، بحجة أن المطعون ضده مساهم في الشركة وبالتالي فهو ليس عاملا أجيرا كما تنص على ذلك المادة 2 من القانون 90/11 المؤرخ في 21/04/1990 والتي تعتبر عمالا أجراء كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب في إطار التنظيم و لحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص يدعى المستخدم.

وأن النزاعات التي تتعلق بهذه الشركة تختص بها المحكمة التجارية وليس القسم الاجتماعي، فإنه "تواصل المحكمة العليا حيثياتها" بمفهوم القانون، وكما سبق شرحه من قبل المحكمة الابتدائية، فإن المطعون ضده الذي قدّم كشوفات الراتب الشهري عن العمل الذي يؤديه في المنصب الذي يشغله لدى الشركة، يثبت أنه تربطه علاقة عمل بهذه الشركة طبقا للمادة 11 من قانون 90/11، وذلك في غياب عقد العمل، وأن المادتين 615-631 من القانون التجاري[[423]](#footnote-424) تسمح للمساهم في شركة الأسهم، أن يكون أجيرا بهذه الصفة ويتقاضى أجرامقابل العمل المؤدي، ويعتبر عاملا بمفهوم المادة 2 من القانون 90/11 وله واجبات وحقوق يحكمها القانون.

وحيث "تواصل المحكمة العليا حيثياتها" ثبت وأن النزاع المطروح أمام المحكمة الابتدائية كان يتعلق بخلاف فردي في العمل ناتج عن التسريح التعسّفي، وعليه فهو من صميم الاختصاص النوعي لمحكمة الحال طبقا لنص المادة 20 من القانون 90/04 المؤرخ في 06/02/1990[[424]](#footnote-425) الذي يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، مما يتعين معه أن هذا الوجه غير مؤسس ويستوجب رفض الطعن.

فواضح من قرار المحكمة العليا أن المسيّر يخضع لعلاقة عمل أجرية، بالرغم من وجوده كمساهم في شركة تجارية، وهذا طبعا ينطبق مع أحكام المادة 2 من مرسوم 90/290 التي بيّنت من يحمل صفة المسير والتي شملت أيضا إطارات المديرية الذين يساعدون المسير الأجير الرئيسي للشركة.

وبالتالي تكون لأحكام قانون العمل 90/11 إمكانية أن تطبق على الشركات التجارية بواسطة الأحكام الخاصة لمسيّري المؤسسات، غير أن هذا المرسوم التنفيذي الخاص بمسري المؤسسات يختلف في الأحكام المرتبطة بالتسريح التأديبي عن تلك الموجودة في قانون 90/11، وسنبين ذلك فيما يلي:

**أ- فيما يخص سبب إنهاء عقد العمل:**

تنص المادة 10 من المرسوم 90/290 على أنه يمكن لهذا الطرف أو ذاك أن يضع حدا لعقد عمل مسيري المؤسسات في حالة ما إذا أخلّ أحدهما ببنود العقد، ولاسيما ما يتعلق منها بأهداف النتائج والتزاماتها، وهذا دون المساس بالأحكام التشريعية المعمول بها.

فيظهر الاختلاف بين محتوى هذه المادة، وما تضمنته المادة 73 من قانون 90/11 في كون أن المادة 73 لم تنص على نتائج العمل كسبب للتسريح التأديبي، وحتى باستعمال القياس على تلك الحالات المذكورة لا يمكن لرب العمل أن يبني تسريحه التأديبي على نقص النتائج المتفق عليها، لأن ذلك لا يشكل خطأ جسيما من ناحية، ومن ناحية ثانية أن رب العمل وبحسب قانون 90/11 ليس لديه السند القانوني لاتخاذ قرار التسريح بناءا على سبب حقيقي وجدّي عند وجود نقص في نتائج العمل مثلما هو الشأن بالنسبة للقانون الفرنسي.

**ب- فيما يخص تبليغ المسيّر بانتهاء علاقة العمل و التعويض:**

ونصت على ذلك المادة 12 من المرسوم 90/290، ولكنها استعملت مصطلح انفصام علاقة العمل وقابلها النص الفرنسي Rupture du contrat، ففي هذا الإنهاء، لا نعرف من الجهاز المؤهل في الشركة، الذي لابدعليه أن يخبر مسير المؤسسة المعني بذلك كتابيا.

ولم تنص هذه المادة على إمكانية السماح للمسيّر بعرض وجهة نظره، وإمكانية أن يتم عدول جهاز الشركة عن إنهاء علاقة العمل التي تربطه به، وهذا بخلاف قانون 90/11 فيما يخص استدعاء العامل والاستماع إليه.

كما نصت الفقرة 2 لنفس هذه المادة 12 على أن وقف عقد العمل في هذه الحالة، يسمح لمسيّر المؤسسة الذي لم يرتكب خطأ جسيما الحق في عطلة تحدد مدتها في العقد، إلا أنها لم تبين متى يبدأ احتساب هذه العطلة وتركت فقط للعقد تحديد مدتها!!

كما لم تتضمن أحكام المرسوم 90/290 إمكانية الحكم بالتعويض المضاف إلى مهلة العطلة كما هو موجود في قانون 90/11.

**ج- فيما يخص التعويض عن الفصل التعسّفي:**

نصت المادة 14 من المرسوم التنفيذي 90/290 على: "يمكن أن يترتب على الفصل التعسّفي لعقد العمل بفعل أحد الطرفين[[425]](#footnote-426)تعويضات مدنية وفقا للتشريع المعمول به فضلا عن مهلة الإشعار المسبّق أو العطلة المذكورين في المادتين 11 و12 أعلاه".

ولم يتم النص على إمكانية عودة المسيّر لعمله بعد إنهاء علاقة العمل، مثلما هو منصوص عليه في قانون 90/11 عبر المادة 73 مكرر4 التي أعطت للقاضي إمكانية النطق برجوع العامل إلى منصب عمله[[426]](#footnote-427).

وعدم النص على رجوع المسيّر إلى عمله إذا تم إنهاء علاقته، ترجمته المحكمة العليا في قرار لها أصدرته بتاريخ 10/09/2003[[427]](#footnote-428) ملخّصه: "أن استمرار علاقة العمل بعد انتهاء مدة العقد في عقود التسيير يؤدي إلى تجديد هذه العلاقة لنفس فترة العقد الأول المنتهية آجاله، ويترتب على انتهاء علاقة العمل الجديدة طبقا لشروط العقد وأحكام المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 90/290، أنه لا يمكن إطلاقا القضاء بالرجوع إلى منصب العمل، نظرا لطبيعة الالتزامات النوعية لعقد التسيير".

فموقف المحكمة العليا يتفق تماما مع المادة 14 من المرسوم 90/290 التي تنص على أن الفصل التعسّفي يخوّل الحق في التعويضات المدنية فقط.

**د- فيما يخص فسخ عقد عمل المسير الرئيسي:**

جاء في المادة 15 من المرسوم التنفيذي 90/290 أن فسخ عقد عمل المسيّر الرئيسي هو قرار يعود للأجهزة المؤهلة في الشركة ذات رؤوس الأموال وفقا لأحكام الأمر رقم 75/59 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.

ومعنى ذلك أن هناك طريقة ثانية لانتهاء عقد عمل المسيّر، بعد تلك التي ذكرتها المادة 10 من نفس المرسوم 90/290 والتي تعطي لأحد الطرفين وضع حد لعلاقتهما إذا أخل أحدهما ببنود العقد ولاسيما ما يتعلق بالأهداف والالتزام بتحقيق نتيجة.

وهنا يطرح تساؤل فيما يخص الأسباب التي تدعو إلى فسخ عقد عمل المسير من طرف الأجهزة المؤهلة لشركة رؤوس الأموال مادام أن الإخلال بالالتزامات العقدية –الذي من المفروض أن يترتب عليه الفسخ طبقا للقواعد العامة- قد نصت عليه المادة 10 من المرسوم 90/290؟

فبالنص الفرنسي، نجد أن عبارة "يمكن هذا الطرف أو ذاك أن يضع حدا لعقد عمل مسيري المؤسسات قابلها النص الفرنسي بعبارة Le contrat de travail des dirigeants d’entreprises peut être rompu par l’une ou l’autre des parties، ثم عبارة الفصل التعسفي في المادة 14 قابلها النص الفرنسي بعبارةLa rupture abusive لتأتي عبارة فسخ عقد عمل المسير في المادة 15 و قابلها النص الفرنسي بعبارة La résiliation du contrat، ثم عبارة إذا كان انفصام علاقة العمل، الواردة في المادة 12 وقابلها النص الفرنسي بعبارة Lorsque la rupture du contrat de travail، وهذا يعني أن الأمر لا يتعلق باستعمال معنى متعدّد لطريقة واحدة، وإنما على الأقل توجد طريقتين هما الإنهاء والفسخ، ويبقى التساؤل مطروحا بخصوص الأسباب الداعية إلى الفسخ؟

نخلص في الأخير إلى أن مسيّري المؤسسات يخضعون لأحكام خاصة، وتكمن هذه الخصوصية في أن إنهاء علاقات عملهم ليست متصلة فقط بقانون العمل بشكل خالص ومحض، وإنما تطبق في ذلك أحكام القانون التجاري طبقا للمادتين 615 و631 من القانون التجاري، واللتان تسمحان للمساهم في شركة الأسهم أن يكون أجيرا بهذه الصفة و يتقلد وظيفة التسيير[[428]](#footnote-429).

كما يمكن أن تطبق أحكام القانون المدني للإجابة عن التساؤل بخصوص غياب ذكر الحالات الداعية لفسخ عقد عمل المسيّر، فيتم الرجوع لأحكام القانون المدني في حالة النزاع، باعتباره الشريعة العامة لفروع القانون الأخرى.

يتّضح أن عملية إنهاء عقود مسيري المؤسسات بناءا على ذلك، هي طبيعة مركّبة بين أحكام قانون العمل والقانون التجاري والقانون المدني.

**المطلب الثاني: نظام التسريح المطبق على العمال المنتمون لنظام حمائي خاص.**

ونقصد بالعمال المنتمون لنظام حمائي خاص، أولئك الذين تم انتخابهم في إطار تنظيم نقابي معين للقيام بالدفاع عن المصالح المادية والمعنوية للعمال، فلن يكونوا وهم يمارسون مهامهم الانتخابية، في نفس الوضعية التي كانوا عليها قبل انتخابهم، والتي كانوا يتساوون فيها مع باقي العمال الأجراء، فقيامهم بالدفاع عن مصالح العمال بالوسائل التي يسخرها لهم تنظيم نقابي معين، سوف لن يكون دفاعا مقبولا في كل الأحوال من طرف المستخدم، خصوصا عند تنبيههم له بوجود نقائص في حقوق العمال أو انتهاكات فيما يخص القوانين أو الأنظمة أو الاتفاقيات.

وقد يلجؤون بعد تحذيره، إلى حد القيام بإضراب عن العمل، فلكل هذه الأسباب قد يلجأ رب العمل إلى تسريح أحد هؤلاء المنتمين إلى تنظيم نقابي معين، فتكون شرعية هذا التسريح متوافرة عند عدم توافر شرعية الإضراب، فيكون وحده الإضراب غير الشرعي مبررا لإنماء علاقة العمل وليس توقفها.

وفيما يلي شرح لفئتي العمال النقابيون والعمال المضربون:

**أ- العمال النقابيون:**

لقد وضّح قانون 90/14 المؤرخ في 02/06/1990 المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، حدود سلطة رب العمل وهو يمارس سلطته التأديبية.

فبالرجوع للمادة 53[[429]](#footnote-430) من هذا القانون يتضح أنه لا يحق للمستخدم تسليط عقوبة العزل على المندوبين النقابيين بسبب النشاطات النقابية، ولكن دون أن يوضح ضرورة أن يكون ذلك النشاط مجردا من أي قصد للمساس بالمؤسسة أو سمعتها، لاسيما بالتصريحات والإدعاءات التي يلجأ إليها النقابيون بمناسبة نشاطهم، خصوصا في ظل حرية الإعلام وتنوع وسائل الاتصال، ممّا قد يجعل أي تصريح بمثابة ضرر حقيقي للمؤسسة.

كما نصت المادة 54[[430]](#footnote-431) من نفس القانون 90/14 على إمكانية إقدام رب العمل على تطبيق الإجراء التأديبي في حق المندوب النقابي الذي أخل بالتزاماته، دون أن تبين هذه المادة إلى أي حد يمكن أن يصل هذا الإجراء التأديبي؟ وإمكانية أن يصل إلى حد العزل؟

كما لم توضح أيضا ما حق المستخدم في ظل فرض ضرورة إعلام المنظمة النقابية المعنية قبل اتخاذ الإجراء التأديبي من دون الآجال التي يجب العمل بها في هذا الصدد؟ لاسيما إبعاد أي تماطل من قبل المنظمة النقابية أو محاولتها المساس بمبدأ سلطة رب العمل التأديبية والتنظيمية؟

وتطبيقا لنص المادة 54 و55 من قانون 90/14 أصدرت المحكمة العليا بتاريخ 05/10/2005 قرارا يتضمن ضرورة إعلام المنظمة النقابية قبل اتخاذ قرار التسريح في حق مندوب نقابي، فقد قام ديوان المساحات المسقية بالطعن بالنقض في الحكم الصادر في 19/05/2002[[431]](#footnote-432) عن محكمة المحمدية القاضي بإلغاء قرار التسريح الصادر في حق المدعي بتاريخ 12/08/2001 وإلزام المدعى عليه بتصحيح إجراءات التسريح المعمول بها قانونا وتسديده للمدعي مبلغ 154000دج كتعويض عن الأضرار التي لحقت به.

وفيما يلي عرض لوقائع وإجراءات هذه القضية، والإشكال القانوني الذي ردّت عليه المحكمة العليا:

كان ديوان المساحات المسقية، يشغّل لديه سائقا للشاحنة، حائزا على رخصة سياقة الوزن الخفيف، مقدّما نفسه على أنه يحوز على رخصة سياقة الوزن الثقيل، عن طريق تزوير المعلومات.

وبعد تفطن ديوان المساحات المسقية، للمغالطة التي أوقعه فيها هذا العامل، قام بتسريحه لارتكابه خطأ جسيما.

وفي 19/05/2002 صدر حكم عن محكمة المحمدية، قضى بإطال قرار التسريح وتعويض هذا المندوب النقابي.

وكان الإشكال المطروح أمام القضاء، هو معرفة هل إعلام التنظيم النقابي قبل تسريح العامل المنتمي إلى هذا التنظيم هو إجراء جوهري؟

وكان رد المحكمة العليا،أنه ولئن كان فعلا أن محكمة الدرجة الأولى حكمت بإلغاء قرار التسريح وألزمت الطاعنة بتصحيح واحترام الإجراءات المعمول بها مع تسديدها للمدعى عليه في الطعن مبلغ 145 ألف دينار تعويضا عن الأضرار اللاحقة به، فإن حكمها المطعون فيه جاء مسببا تسبيبا كافيا بالنسبة لإلغاء قرار التسريح على أساس أنه اتخذ مخالفة للمواد 54، 55 من قانون 90/14[[432]](#footnote-433) المعدل والمتمّم، والمتضمن كيفيات ممارسة الحق النقابي، طالما أن الحكم المطعون فيه وقف على أن الطاعنة لم تعلم التنظيم النقابي قبل أن تباشر الإجراءات التأديبية ضد المدعى عليه، ويعتبر المدعى عليه في هذه الحالة محق في طلبه الرامي إلى إعادة إدماجه في منصب عمله وفقا لأحكام المادة 56 من القانون 90/14.

إلاّ أن الحكم المطعون فيه لما قضى بتصحيح إجراءات التسريح ومنح للمدعى عليه التعويض المالي المذكور أعلاه، استنادا على المادة 73/04 الفقرة الأولى من القانون 91/29 المعدلة والمتممة بالأمر 96/21 المعدل والمتمم للقانون 90/11 المتعلق بعلاقات العمل، يكون بقضائه كما فعل أخطأ في تطبيق القانون في هذا الشأن.

علما أنه و بالرجوع إلى المادة 56 من قانون 90/14[[433]](#footnote-434) المذكور فإنه، يستوجب عند إبطال قرار تسريح العامل المسرح خرقا لأحكام هذا القانون، أن يعاد إدماجه في منصب عمله وترد له حقوقه المترتبة عن التسريح التعسّفي التي نصت عليها المادة 73/4 المذكورة في فقرتها الثانية، لذا فالوجه المثار مؤسس في هذا الجانب، ويترتب عن ذلك نقض الحكم المطعون فيه جزئيا فيما قضى بالتعويض.

ولهذه الأسباب، قرّرت المحكمة العليا نقض وإبطال الحكم المطعون فيه الصادر بتاريخ 19/05/2002 عن محكمة المحمدية جزئيا فيما قضى بالتعويض، وإحالة القضية و الأطراف أمام نفس الجهة القضائية مشكلة من هيئة أخرى للفصل فيها طبقا للقانون.

فبنقضها الجزئي للحكم فيما يتعلق بالتعويض، تكون المحكمة العليا أيّدتالحكم المؤرخ في 19/05/2002 الصادر عن محكمة المحمدية في الجزء المتعلق بإعادة إدماج المندوب النقابي.

ولكن و دائما في إطار الحديث عن المادة 54 من قانون 90/14 فإن هذه المادة لم توضح إذا كان في مقدور المنظمة النقابية بعد إعلامها من طرف المستخدم على عزمه تسريح مندوب نقابي، إمكانية توقيف رب العمل عن ذلك؟

فمحتوى المادة 54 الذي يجب على رب العمل احترامه، هو إعلام المنظمة النقابية وبالتالي وحسب مفهوم هذه المادة تكون كل إجراءاته التي تعقب الإعلام والإخطار، صحيحة ونافدة في حق المندوب النقابي.

إلاّ أننا نرى كموقف شخصي، أن هذه المادة وبتوقفها عند عنصر الإخطار دون إرفاق باقي الإجراءات التي سيقوم بها رب العمل اتجاه المندوب النقابي بعد أن قام بإعلام منظمته النقابية التابع لها، إنما أرادت "أي المادة 54 الخاصة بالإخطار"،أن تترك للقاضي كامل السلطات لاستخلاص وجود سبب للتسريح، بعيدا عن النشاطات النقابية التي يقوم بها دفاعا عن مصالح العمال، أو أن الفعل الصادر عنه يشكّل خطأ جسيما لا علاقة له بهذا النشاط النقابي.

**ب- العمال المضربون:**

تنص المادة 24 من قانون 90/02 المؤرخ في 06/02/1990 المتعلّق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب المعدّل والمتمم، على مايلي:"إذا استمر الخلاف بعد استنفاذ إجراءات المصالحة والوساطة المنصوص عليها أعلاه، وفي غياب طرق أخرى للتسوية، قد ترد في عقد أو اتفاقية بين الطرفين، يمارس حق العمال في اللجوء إلى الإضراب وفقا للشروط والكيفيات المحدّدة في أحكام هذا القانون".

كما تنص المادة 25 منه على "لا يمكن اللجوء إلى ممارسة الإضراب ويوفق الإضراب الذي شرع فيه بمجرد اتفاق الطرفين في الخلاف الجماعي في العمل على عرض خلافهما على التحكيم".

فبمنطق هاتين المادتين، نجد أنه وإضافة إلى ما يشترط عند التفكير في ممارسة الإضراب، من أن تتفق على الفكرة جماعة العمال المعينة عن طريق التصويت على ذلك في الجمعية العامة المنعقدة لهذا الغرض، وإعلام المستخدم بينتهم في الإضراب... إلخ. "المواد 27،28، 29، 30، 31 من قانون 90/02". فإن هاتين المادتين اشترطتا أن يكون الإضراب قد سبقته إجراءات المصالحة والوساطة أو أي طرق أخرى للتسوية قد ترد في عقد أو اتفاقية.

فيكون اللجوء إلى الإضراب عقب فشل هذه الإجراءات، وبالتالي يكون مشروعا، لكن تكون شرعية مؤقتة بحيث بمجرد عرض الخلاف بين العمال المضربين ورب العمل على لجنة التحكيم، فإن هذا الإضراب يتم إيقافه بقوة القانون بحسب المادة 25 من قانون 09/02، وإلاّ صار غير شرعي.

ولكن إذا كان الإضراب شرعيا، وتضمّن احترام النصوص القانونية المنظمة لممارسته ، فإن العمال المضربون يتمتعون بحماية نص عليها قانون 90/02 تتمثل في مايلي:

1. **مضمون النصوص القانونية لحماية حق الإضراب:**

تنص المادة 32 من قانون 90/02 على مايلي: " يحمي القانون حق الإضراب الذي يمارس مع احترام أحكام هذا القانون ولا يقطع الإضراب، الذي شرع فيه حسب الشروط، علاقة العمل.

ويوقف الإضراب آثار علاقة العمل طوال مدة التوقف الجماعي عن العمل ما عدا فيما اتفق عليه طرفا الخلاف بواسطة اتفاقيات وعقود يوقعانها ".

ونصت المادة 33 من نفس القانون 90/02 على ما يلي:" يمنع أي تعيين للعمال عن طريق التوظيف أو غيره قصد استخلاف العمال المضربين، ماعدا حالات التسخير الذي تأمر به السلطات الإدارية أو إذا رفض العمال تنفيذ الالتزامات الناجمة عن ضمان القدر الأدنى من الخدمة المنصوص عليها في المادتين 39 و40 أدناه.

كما أنه لا يمكن تسليط أية عقوبة على العمال بسبب مشاركتهم في إضراب قانوني شرع فيه وفقا الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

فيستخلص من هاتين المادتين، أن القانون يحمي حق الإضراب الذي يمارس مع إحترام أحكام هذا القانون، بحيث لا يمكن أن يؤدي إلى قطع علاقة العمل.

وقطع علاقة العمل يفترض أن المقصود بها في هذه المادة هو إنهائها، ولكن هذا الإنهاء لم يتم النص عليه في طرق الإنهاء المنصوص عليها في المادة 66 من قانون 90/11، وحتى المادة 73 التي نصت على حالة التوقف الجماعي في العمل غير المشروع كحالة للتسريح التأديبي، اعتمدت على الخطأ الجسيم الذي ينجر عنه عدم الاستفادة من المهلة ومن التعويضات.

فالسؤال المطروح يكمن في أن الإضراب الذي يتم خرقا لتلك الشروط سيكون توقفا غير مشروع، وبالتالي حالة من حالات التسريح التأديبي، فلماذا لم يتم الاعتماد عليها لمواجهة الإضراب الغير محترم لتلك الشروط وتم تعويضها بكلمة القطع الغير منصوص عليها في المادة 66 من قانون 90/11 ومنها مصطلح العزل؟

وحتى مصطلح القطع معناه أن علاقة العمل ستنقطع فقط، وقد يعاد سريانها إذا نطق القضاء بذلك فيما بعد.

إذن، يتضح أن هذه المادة، وإن تضمنت حماية أساسية للعمال المضربين عن طريق إبقاء آثار علاقة العمل سارية المفعول، إلاّ أنها بحاجة إلى تدقيق أكثر.

وأما المادة 33 من قانون 90/02 فيفهم منها أن رب العمل لا يمكنه اللجوء إلى توظيف جديد أو طريقة أخرى لاستغلال العمال المضربين، ماعدا حالات التسخير الذي تأمر به السلطات الإدارية، أو رفض العمال تنفيذ الالتزامات الناتجة عن ضمان القدر الأدنى من الخدمة، مع عدم توقيع أي عقوبة أخرى على العمال بسبب مشاركتهم في إضراب قانوني.

1. **الجزاء المترتب على عدم احترام حق الإضراب:**

نصت المادة 57 من قانون 90/02 على " يعاقب بالحبس من ثمانية أيام إلى شهرين وبغرامة مالية تتراوح ما بين 500دج و2000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل شخص يمس ممارسة حق الإضراب في ظل احترام أحكام هذا القانون بتوظيفه عمالا آخرين أو تعيينهم.

وإذا صاحب مس ممارسة حق الإضراب تهديد أو عنف و/ أو اعتداء ترفع هاتان العقوبتان من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات حبسا ومن 2000دج إلى 50.000دج أو إحدى هاتين ".

وما يلاحظ على هذه المادة أنها ربطت المساس بحق الإضراب فقط بتعيين عمالا آخرين أو تعيينهم، وهو ما يقيد تطبيق الفقرة الثانية منها، الخاصة بالعنف، إلا إذا تصادف هذا العنف مع هذا المساس بحق الإضراب المحدّد سلفا في كونه يتمثل في توظيف عمالا آخرين، فقط.

ذلك أن المساس بحق الإضراب قد يكون بالتسريح التعسّفي الذي يهدف من ورائه رب العمل الانتقام من عامل معين رأى بأنه كان الأكثر تنشيطا للدخول في إضراب.فالجزاء يجب أن ينصب على حالات تظهر في عالم الشغل عقب الشروع في الإضراب، قد تكون ماسة بحق الإضراب أكثر مما يمس به التوظيف لعمال آخرين، بعكس المشرّع الفرنسي الذي فصّل ذلك، ونصّ على المنع من أي مساس برواتب العمال المضربين.

الفصل الثاني:

آثار التسريح التأديبي لخطأ شخصي

عند ممارسة أحد طرفي العقد الملزم لجانبين لحق من حقوقه، فحتما ستنجم عن هذه الممارسة آثار تمس الطرفين، وتنجم عنها نتائج قانونية لها ضوابط تشريعية تخضع لها.

وبخصوص عقد العمل فإن ممارسة رب العمل لحقه في الإنهاء الانفرادي لعلاقة العمل تنجم عنها نتائج تمثل حقوقا للعامل لابد أن تحترم، بحيث يكون لعدم حمايتها آثار على العامل المسرّح.

ولدراسة هذه النتائج دراسة قانونية مستفيضة، فإننا سنقسّم البحث في هذا الفصل إلى:

**المبحث الأول:** مهلة العطلة والتعويضات.

**المبحث الثاني:** تسليم شهادة العمل.

**المبحث الثالث:** التعويض عن التسريح التأديبي التعسّفي.

**المبحث الأول:مهلة العطلة والتعويضات.**

نصت المادة 73- 5 من قانون 90/11 المعدل والمتمّم على: "يخول التسريح للعامل الذي لم يرتكب خطأ جسيما، الحق في مهلة العطلة التي تحدّد مدتها الدنيا في الاتفاقات أو الاتفاقيات الجماعية".

فمهلة العطلةLe délai-congé كما سمّاها المشرّع الجزائري، أوLe préavis كما سماهاالمشرّع الفرنسي، هي الأجل الذي يجب على كل طرف احترامه لتبليغ الطرف الآخر إرادته في إنهاء عقد العمل في تاريخ معين.

وأول ما نلاحظه من خلال التسمية التي اعتمدها المشرّع الجزائري، مقارنة بتلك التي جاء بها المشرّع الفرنسي، نجد أن هذا الأخير "المشرّع الفرنسي" استعمل مصطلح Préavis[[434]](#footnote-435)، وهو الأقرب للصحة لأنه يعني ضرورة سبق الإعلان عن النية.

بينما مصطلح مهلة العطلة، فإنه ليس فقط قد يوحي لأول وهلة أنه متعلق بعطلة تعطى للعامل المعني بالتسريح بحسب المعنى التقليدي للعطلة، وإنما أيضا لكونه مصطلح لا يتماشى مع ما قدّره المشرّع الجزائري في المادة 73/06 من أن العامل المعني به، له ساعتين يوميا للبحث عن عمل آخر، وبالتالي فهو لازال يشتغل وليس في عطلة، فكان من الأحسن إعطاء وصف سبق الإعلان، أو ما يسمّى بالفرنسية préavisLeالذي يعني إعلاما وتحذيرا للعامل الأجير على نية رب العمل في الإقدام على تسريحه.

ولكن ليس كل إنهاء لعلاقة العمل من طرف المستخدم يعطي للعامل حتمية الاستفادة من مهلة العطلة التي نص عليها المشرّع الجزائري، وليست هذه العطلة رهينة بيد المستخدم يقدّرها بحسب مصلحته، كما يفترض احترام موعد انطلاق حساب هذه المهلة.

ولمعرفة كل تفاصيل مهلة العطلة بحسب ما جاء به المشرّع الجزائري، مقارنة بما ورد في قانون العمل الفرنسي، فإننا سندرس نظام مهلة العطلة والتعويضات في ما يلي:

**المطلب الأول:** نظام مهلة العطلة.

**المطلب الثاني:** نظام التعويضات .

**المطلب الثالث:**موقف المحكمة العليا من التعويض عن التسريح التأديبي.

**المطلب الأول : نظام مهلة العطلة .**

مهلة العطلة هي المدة التي يجب أن يحترمها كل من يقدم على إنهاء علاقة العمل، سواء العامل الأجير أو رب العمل، لإعلام الطرف الآخر رغبته في وضع حد لهذه العلاقة في تاريخ معين، وهذا التاريخ يجب أن يكون مؤكدا، ويكون انتهاء أجل العطلة بمثابة الانتهاء الحاسم لعقد العمل[[435]](#footnote-436)، وأن الاستمرار في علاقة العمل بعد انتهاء أجل مهلة العطلة هو بمثابة تجديد ضمني لعقد العمل[[436]](#footnote-437).

إن مهلة العطلة كما هي في مصلحة من تعطى له، هي أيضا في مصلحة من يعطيها للطرف الآخر[[437]](#footnote-438).

وأما العناصر المرتبطة بمهلة العطلة، فهي الشروط القانونية لإعمالها، والحلول التي تعطى لبعض الحالات الخاصة كتصادف العطلة مع العطلة السنوية المقررة قانونا، أو تصادفها مع مرض العامل أو تواجده في إضراب عن العمل. وتجدر الإشارة قبل تفصيل هذه العناصر، طبقا لما وجدناه في قانون العمل الفرنسي، أن قانون العمل الجزائري لم يشر إلى هذه الحالات الخاصة ولم يحدث وأن تطرقت لها المحكمة العليا بعكس محكمة النقض الفرنسية، فالمشرّع الجزائري أشار إلى حتمية العامل في الحصول على ساعتين قابلتين للجمع يوميا، للبحث عن عمل آخر وإمكانية الوفاء بمهلة العطلة عن طريق دفع الأجرة المستحقة[[438]](#footnote-439).

وماعدا ذلك فإنه لم نجد نصا قانونيا أو اجتهادا قضائيا جزائريا يتصدى للحالات التي ذكرناها "تزامن العطلة مع مرض العامل أو وجوده في إضراب إلخ"، ولذلك وجب ذكر ما أصدرته محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد[[439]](#footnote-440).

**الفرع الأول: الطابع المتصل لمدة مهلة العطلةLe caractère prefix dupréavis:**

فبخصوص تحديد أجل مهلة العطلة فإن هذا الأجل غير متقطع أو منفصل فهو متصل Caractère préfix ولا يحتمل الوقف أو القطع بحسب قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 21/11/1973[[440]](#footnote-441).

غير أن اتفاق جماعي يمكن أن يأتي بأحكام أكثر نفعا للعمال الأجراء، تراعي في الأساس الأول حالات قطع مهلة العطلة "قرار محكمة النقض الفرنسية في 21/03/1984"[[441]](#footnote-442)، فإذا حدث وأن وقع العامل الأجير مريضا أو كان ضحية حادث أثناء مهلة العطلة فإن أجل انتهاء عقد العمل لا يتم تأجيله إلاّ بوجود اتفاقية صريحة مخالفة لذلك.

وقد أكّدت محكمة النقض الفرنسية عدم التأجيل بين حادث أو مرض أثناء مهلة العطلة بقرار مؤرخ في 13/11/1967[[442]](#footnote-443)في نشرة قرارات الغرفة المدنية، وبقرار آخر مؤرخ في 6/11/1975[[443]](#footnote-444)، كما لا يمكن تأجيل انتهاء عقد العمل بفعل الإضراب "قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 03/10/1968"[[444]](#footnote-445).

ولقد أكدت محكمة النقض الفرنسية عقب هذه القرارات على الطابع الغير متغير لأجل مهلة العطلة Le Caractère préfix du préavis بقرار لها مؤرخ في 21/01/2003 رقم 01-40-529[[445]](#footnote-446).

ولكن رغم هذا التأكيد، إلا أن مهلة العطلة يمكن وقفها في عدة مناسبات، فيتم وقفها إذا استفاد العامل الأجير من العطلة السنوية عقب اتخاذ قرار التسريح في حالة اتفاق الطرفين على ذلك، أو إذا كانت العطل السنوية قد تم إقرارها قبل اتخاذ قرار التسريح Antérieurement au licenciement "قرار محكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 22/06/1994 رقم 2896"[[446]](#footnote-447).

كما أشارت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها مؤرخ في 05/03/1993[[447]](#footnote-448)، أن رب العمل والعامل يمكنهما أن يتفقا على إمكانية أن يستفيد العامل من عطلة مدفوعة الأجر دون أن تتوقف مهلة العطلة.

كما يمكن لمهلة العطلة أن تتوقف إذا كان العامل ضحية حادث عمل أثناء مهلة العطلة "قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 18/07/1996[[448]](#footnote-449).

**الفرع الثاني: وضعية طرفي علاقة العمل أثناء مهلة العطلة.**

إن عقد العمل و بالتزاماته المتقابلة، يستمر في تنفيذ أحكامه بشكل عادي، و أن أي عمل مخالف لما كان يقوم به العامل الأجير سابقا، أو ظروف أخرى مخالفة للظروف السابقة لا يمكن أن تفرض على العامل الأجير "قرار محكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 16/02/1999"[[449]](#footnote-450).

وذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أبعد من ذلك، حينما أقرت بأحقية العامل الأجير في التوقف حالا عن العمل إذا فرضت عليه ظروف جديدة مع حقه في الحصول على تعويض عن مهلة العطلة "قرار محكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 05/10/1999"[[450]](#footnote-451).

وتجدر الإشارة إلى أن ارتكاب العامل الأجير لخطأ خطير Faute grave "جسيم بتعبير المشرّع الجزائري" أثناء تنفيذ مهلة العطلة، فإن لها أثر واحد فقط وهو قطع العطلة دون المساس بمنحة التعويض عن التسريح التي سنتكلم عنها لاحقا، لأن منحة التعويض عن التسريح تبدأ من تاريخ التبليغ بمهلة العطلة[[451]](#footnote-452).

وأكثر من ذلك، وحتى في حالة ارتكاب العامل لخطأ جسيم Faute lourde[[452]](#footnote-453) أثناء مهلة العطلة فإن ذلك لا يؤدي إلى حرمانه لا من التعويض عن التسريح، ولا من التعويض عن العطلة المدفوعة الأجر "قرار محكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 23/10/1991[[453]](#footnote-454).

ولكن ومادام أن وضعية العامل لا يجوز تغييرها عن طريق تكليفه بعمل آخر، أو بتغيير ظروف تأدية ذلك العمل، فإنه وبالمقابل فإن العامل الأجير ليس له الحق في الأجر إلا عن الفترة التي يكون فيها تحت تصرف رب العمل "قرار لمحكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 11/07/2000[[454]](#footnote-455).

فإذا حدث و أن أصبح العامل الأجير غير قادر على تأدية عمله أثناء مهلة العطلة بسبب حادث غير مهني تعرض له، لا يمكنه المطالبة بتعويض معادل لفترة مهلة العطلة "قرار لمحكمة النقض الفرنسية" مؤرخ في 28/09/2004[[455]](#footnote-456).

ومن جانب آخر، وفي حالة رفض العامل الأجير أثناء مهلة العطلة تأدية عمله المعتاد وامتنع عنه، فإنه يكون ملزما بدفع المبالغ التي تمثل الأجر الذي كان سيتقاضاه لو قام بعمله، وهو موقف يميل إلى العدالة بين طرفي علاقة العمل، وعدم تحميل الطرف المقابل نتائج التصرفات التي يقوم بها الطرف الآخر، خرقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات المتقابلة، ولقد أكدت هذا الموقف محكمة النقض الفرنسية في قرار لها مؤرخ في 29/03/1995[[456]](#footnote-457).

وأما أن يقوم رب العمل بإعفاء العامل الأجير من تأدية عمله أثناء مهلة العطلة، فإن ذلك قد يشكل تعسّفا في استعمال حقه إذا كان القصد منه إعطاء التسريح أثرا في الحال Effet immédiat، الأمر الذي يكون على شكل عنيف قد يوحي للغير Le tiers بوجود خطأ جسيم.

وما عدا التعسّف أو الشكل العنيف لطلب الإعفاء من تأدية العمل، فإن لرب العمل إمكانية أن يقوم منفردا بإعفاء العامل من تأدية عمله أثناء فترة مهلة العطلة، مع احترام ما يخول للعامل من حقوق ناجمة عن هذه الفترة[[457]](#footnote-458).

ويمكن للطرفين الاتفاق معا على أن يتوقف العامل عن تأدية عمله بعد التسريح، وبالتالي يأخذ إنهاء عقد العمل بالتسريح، إنهاءا فوريا مع تنازل متقابل من الطرفين، ومع عدم دفع تعويض عن مهلة العطلة.

وهذا ما عبّرت عنه محكمة النقض الفرنسية صراحة من خلال قرارها المؤرخ في 28/01/2005 تحت رقم 03-47-403 بقولها[[458]](#footnote-459):

«…l’employeur ne doit pas versées une indemnité compensatrice de préavis lorsque l’inexécution du préavis résulte d’un commun accord des parties».

وأما الحق في التعويض عن مهلة العطلة عند بطلان قرار التسريح، فإن العامل له الحق في ذلك بغض النظر عن أسباب إنهاء علاقة العمل، وتُرجم هذا الموقف بقرار لمحكمة النقض الفرنسية في 30/03/2005 تحت رقم 03-41-518[[459]](#footnote-460).

وأما أن يرتكب العامل الأجير المسرّح والذي أصبح لا يقوم بعمله فعليا أثناء مهلة العطلة لسبب من الأسباب، خطأ خطيرا أو جسيما، فإنه يتحصل على تعويض مهلة العطلة فيما يخص فقط المدة الباقية من هذه العطلة، وهذا الموقف كان بقرار لمحكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 18/02/1988[[460]](#footnote-461).

وبخصوص مرتب العامل المعفى من تأدية خدمته فعليا أثناء مهلة العطلة، فإنه يستفيد منه ومن العناصر المرتبطة به "ماعدا تعويض المصاريف المهنية"، ومن بين تلك العناصر المتعلقة باستمرار عقد العمل لحين حلول أجل انتهاء مهلة العطلة، نجد تلك العلاوات المرتبطة بشرط الحضور أثناء مهلة العطلة[[461]](#footnote-462).

وإذا كان أجر العامل مركبا من جزء ثابت، وجزء متغير بحسب نتيجة العمل، فإن المحكمة يمكنها أن تلجأ إلى طريقة المعدّل السنوي للأجر المقبوض للتمكن من حساب تعويض مهلة العطلة، وأن الساعات الإضافية إذا كانت على شكل ثابت ومدعمة لراتبه الشهري الذي كان العامل الأجير يعوّل عليه، فإنهذه الساعات الإضافية هي الأخرى تؤخذ بعين الاعتبار عند حساب المعدل السنوي[[462]](#footnote-463).

وجدير بالإشارة أن الراتب الذي يجب دفعه هو ذلك الراتب الخام Salaire brut الخاضع لاشتراكات رب العمل، الذي كان العامل سيتقاضاه لو أنه أدّى عمله فعليا في فترة مهلة العطلة.

**المطلب الثاني: نظام التعويضات.**

إضافة إلى منحة مهلة العطلة التي يستفيد منها العامل الغير مرتكب لخطأ جسيم، نصّالمشرّع الجزائري في المادة 73/ف3 من قانون 90/11 المعدل والمتمم على: "...وعلاوة على الأخطاء الجسيمة التي يعاقب عليها التشريع الجزائي والتي ترتكب أثناء العمل، تعتبر على الخصوص أخطاءا جسيمة، يحتمل أن ينجر عنها التسريح بدون مهلة العطلة و بدون علاوات...".

وسمّاها المشرّع الفرنسي بالتعويض Indemnité، ويتفق في ذلك مع تسمية المشرّع الجزائري عند استعمال النص الفرنسي، بينما النص العربي للقانون الجزائري استعمل مصطلح العلاوات.

وإذا كان المشرّع الفرنسي قد نص على شروط الاستفادة من تعويض التسريح، وهي تمتعه بأقدمية سنتين من العمل في خدمة نفس المستخدم وبدون انقطاع[[463]](#footnote-464) وأن قيمتها تتغير بحسب الدافع إلى التسريح فيما إذا كان متعلقا بالعامل الأجير أو بالتسريح الناجم عن تحولات اقتصادية جديدة طبقا للمادة 321/1 التي تتحدث عن التسريح الاقتصادي[[464]](#footnote-465)، فإن المشرّع الجزائري لم ينص صراحة على تعويض العامل المسرّح الذي لم يرتكب خطأ جسيما، مثلما فعل بخصوص علاوة مهلة العطلة وإنما يستخلص ذلك من المادة73 من قانون91/29 في فقرتها الثانية التي نصت على :

"...وعلاوة على الأخطاء الجسيمة التي يعاقب عليها التشريع الجزائي، والتي ترتكب أثناء العمل، تعتبر على الخصوص أخطاءا جسيمة، يحتمل أن ينجر عنها التسريح بدون مهلة العطلة وبدون علاوات..."[[465]](#footnote-466)

كما لم يبين الشروط الواجب توافرها في العامل، كشرط الأقدمية الذي اشترطه المشرّع الفرنسي[[466]](#footnote-467)، أو أي شرط آخر، ويظهر سؤال آخر يطرح نفسه بشأن العلاوات طالما لم تبين المادة 73 عن إمكانية تناوله في الاتفاقات أو الاتفاقيات الجماعية مثلما تم توضيح ذلك بخصوص مهلة العطلة؟

وفي غياب نص صريح يسمح بتناول موضوع العلاوات في الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية، فإن استعمال منطق الاستنتاج من النصوص الواردة في قانون 90/11، يؤدي إلى القول بأنه وطالما أعطت المادة 73/4 إمكانية رجوع العامل المفصول تعسّفيا إلى منصب عمله، أو تعويضه بما لا يقل عن 6 أشهر من العمل في حالة رفض أحدهما رجوع العامل، فإن التعويض في حالة التسريح بدون ارتكاب خطأ جسيم المنصوص عليه في المادة 73 لا يمكن للاتفاقيات والاتفاقات الجماعية أن تنزل عن قيمته.

لأن التسريح بدون ارتكاب خطأ جسيم، معناه أن التكييف قام به صاحب العمل بحسب ما بدا له من كون تصرف معين قام به العامل الأجير، هو تصرف يقتضي تسريحه تأديبيا طالما أن قضاء المحكمة العليا في 15/12/2004 نص على أن الأخطاء المذكورة في المادة 73 هي أخطاء على سبيل المثال.

وهو ما يجعل تكييف رب العمل لهذا التصرف "مضاف إليه نقص الفعالية المهنية أو الغياب المتكرر والمستمر، أو الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية دون أن تكون للوقائع علاقة بمنصب العمل ...الخ"، تسريحا مؤسّسا قانونا "أو لسبب جدي وحقيقي بحسب قانون العمل الفرنسي".

وبالتالي يقتضي ذلك تعويضا يدفعه رب العمل للعامل، وفي الحالتين "حالة أن يتضح للقاضي تعسّف رب العمل في التسريح التأديبي لخرق الإجراءات المنصوص عليها قانونا، أو حالة إقدامه على التسريح لسبب مفسر قانونا دون خطأ من العامل" يستفيد العامل المفصول من تعويض، على أن تنص الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية، بأن يكون التعويض في الحالة الأولى "التعسّف في التسريح التأديبي لعدم احترام الإجراءات"، تعويضا لا يقل عن 6 أشهر من العمل تماشيا من نص المادة 73/4/ف2 من قانون 90/11[[467]](#footnote-468)، على أن يكون في حدود 3 أشهر في الحالة الثانية[[468]](#footnote-469) "حالة التسريح لسبب شرعي ومؤسس قانونا دون ارتكاب خطأ"، بعد أن يقرّ قاضي الموضوع بعدم تعسّف رب العمل في السبب الذي يعتقد أنه كان كافيا لتسريح العامل[[469]](#footnote-470).

وهو الحكم الذي يصدر بعد دراسة مذكرات ووثائق الطرفين بحضور ممثلي العامل ورب العمل.

ونشير بخصوص المادة 73 من قانون 90/11، أنه نص قانوني لا يجب أن نعتقد بأن تطبيقه فيما يخص مهلة العطلة وعلاوات التعويض لن يكون إلا بالمرور أمام القاضي الاجتماعي بحيث يقرر مبلغه بحسب ما يراه تعويضا عادلا، وفي هذه الحالة يكون كاشفا ومقررا لمبلغ التعويض، بل قد يقوم رب العمل بتسليمه للعامل الأجير الذي ينوي تسريحه دون أن يرتكب خطأ جسيما، بحيث يؤدي كل التزاماته المفروضة عليه بنص هذا القانون "المادة 73 من قانون 90/11".

ولن يتدخل القاضي في تعديل هذا المبلغ إلاّ إذا لاحظ أن المبلغ المدفوع غير عادل أو غير متناسب مع الواقع المعيشي، أو أنه لا يتوافق وخبرة العامل وأقدميته لدى المؤسسة، فيقوم بتعديل مبلغ التعويض وجعله متناسبا مع ما ينتظر العامل المفصول من صعوبات نتيجة تحوّله من جديد إلى عالم البطالة، وأبرزها انطلاق مساعيه لإيجاد عمل جديد[[470]](#footnote-471).

وعلى عكس العموميات التي ميّزت موقف المشرّع الجزائري، كنقد شخصي استخلصناه بعد دراسة متأنية له[[471]](#footnote-472)، فإن قانون العمل الفرنسي وعلى غرارما قام به اتجاه جميع مواضع قانون العمل من تفصيل وتوضيح لمقتضيات تلك المواضيع، فإن موضوع التعويض عن التسريح أخد هو الآخر شرحا تفصيليا، وذلك فيما يلي:

**أولا: شرط الأقدمية عند نفس المستخدم للاستفادة من تعويض التسريح.**

نص المشرّع الفرنسي في المادة 122/9 في الفقرة الأولى[[472]](#footnote-473)،على أن للعامل المرتبط بعقد عمل غير محدد المدة وتم تسريحه دون أن يرتكب خطأ جسيما، الحق في التعويض.

فواضح أن المشرّع الفرنسي، يشترط وجود عقد عمل غير محدد المدة يربط رب العمل بالعامل الأجير حتى يمكن الحديث عن تعويض التسريح، وهو شرط منطقي اعتبارا من أن علاقة العمل محدّدة المدة إذا انتهت بانتهاء أجلها المحدّد بين الطرفين يوم العقد، فإنه لا حاجة للتعويض عنها، وأما إذا انتهت بإرادة رب العمل قبل حلول موعد انتهائها، فإن ذلك يدخل ضمن حالات فسخ العقد قبل انتهاء موعده.

وهو الأمر الذي يخول للعامل تعويضا مناسبا، سواء باستجابة وتفهم من رب العمل الذي أقدم على الإنهاء المسبق لعقد العمل المحدد المدة، أو بحكم قضائي بعد أن يرفع العامل دعوى قضائية للحصول على تعويض مقابل إنهاء العقد قبل حلول أجله.كما اشترط المشرّع الفرنسي ضرورة أن يكون العامل متمتعا بأقدمية سنتين لدى نفس المستخدم[[473]](#footnote-474).

**ثانيا: اختلاف قيمة التعويض باختلاف سبب التسريح وقيمة الأجر الأساسي.**

حيث نص المشرّع الفرنسي في نفس المادة 122/9 في فقرتها الثانية[[474]](#footnote-475)، على أن قيمة هذا التعويض تختلف بحسب اختلاف سبب التسريح فيما إذا كان للسبب الوارد في المادة 321/1[[475]](#footnote-476) أو لسبب غير مرتبط بشخص العامل[[476]](#footnote-477).

وقد وضّحت المادة 122/2 من المرسوم التنفيذي الفرنسي[[477]](#footnote-478)، أن تعويض التسريح المنوه عليه في المادة 122/9 "من قانون العمل الفرنسي وليس من المرسوم" لا يمكن أن يقل عن المبلغ المحسوب اعتبارا لكل خدمة داخل المؤسسة، مع الأخذ بالحسبان الأشهر الزائدة على السنوات المكتملة Des années pleines.

فتكون قيمة التعويض للتسريح بالسبب الوارد في المادة 321/1 لا تقل عن عشرين Deux dixièmes من المرتب الشهري عن كل سنة أقدمية، وابتداءا من السنة العاشرة للأقدمية تكون القيمة الدنيا للتعويض عشرين Deux dixièmes عن كل مرتب شهري مضاف إليها الجزء الخامس عشر مرتين Deux quinzièmes de mois عن كل سنة أقدمية بعد أقدمية العشر سنوات الأولى.

كما تنص المادة 122/2 من المرسوم التنفيذي الفرنسي على أنه إذا كان التسريح لسبب غير السبب المذكور في الفقرة الأولى، فإن قيمة التعويض لا يجب أن تقل عن عشر Un dixième المرتب الشهري عن كل سنة أقدمية، مع إضافة الجزء الخامس عشر Le un quinzième بدأ من السنة العاشرة للأقدمية.

وأما الفقرة الثالثة لنفس المادة 122/2 من المرسوم التنفيذي الفرنسي[[478]](#footnote-479)، فقد أشارت إلى أن الراتب الذي يؤخذ بعين الاعتبار في حساب قيمة هذا التعويض، هو الراتب الثاني عشر للمرتبات التي تقاضاها العامل في الأشهر الإثنى عشر السابقة لعملية التسريح، أو–إذا كانت أفضل للعامل- ثلث Le tiers الأشهر الثلاثة الأخيرة، مع فارق مع الحالة السابقة، أنه لا تؤخذ بعين الاعتبار أي منحة سنوية أو استثنائية دفعت للعامل أثناء تلك الفترة إلا في حدود المبلغ الذي يحسب طبقا لمقولة Prorata temporis.

نخلص في الأخير، إلى أن الاختلاف بين المشرّع الجزائري والمشرّع الفرنسي، يبرز من خلال اهتمام قانون العمل الفرنسي بإزالة أي غموض أو لبس بشأن تطبيق مادة قانونية مرتبطة بموضوع حساس تتجاذبه مصلحة العامل، ومصلحة رب العمل، ويعمل كل واحد على تغليب مصالحه على حساب الطرف الآخر.

في حين يكتفي المشرّع الجزائري بذكر مادة قانونية تتميز بالعموم وعدم التفصيل، ممّا يؤدي إلى الاختلاف في وجهات النظر بشأن إدراج تلك المسائل في الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية في مرحلة أولى.

وفي مرحلة ثانية، الصعوبات التي تعترض القاضي الاجتماعي الجزائري، أمام عمومية النصوص وعدم ورودها بالتفصيل، خصوصا في ظل غياب ثقافة التفاوض لدى المستخدم والعامل الجزائريين، لحداثة قانون العمل الجزائري كقانون رجع إلى أصوله الأولى المرتكزة أساسا على مبدأ سلطان الإرادة المعمول به في الدول الرأسمالية من جهة، ومن جهة ثانية غياب القضاة المتخصّصين في القضاء الاجتماعي، لإمكانية الوصول إلى العدالة التي كان ينويها المشرّع الجزائري لدى إصداره للنص القانوني.

**المطلب الثالث: موقف المحكمة العليا من التعويض عن التسريح التأديبي.**

وفيما يخص قضاء المحكمة العليا في القضايا المتعلقة بالتعويض، فقد كان لها موقف يتعلق بكيفية التعويض عن التسريح، فاعتبرت المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في 10/03/1998[[479]](#footnote-480) أن قضاة الموضوع لما حكموا بالتعويض للمطعون ضده ابتداءا من تاريخ توقيفه إلى غاية رجوعه الفعلي للعمل، يكونون قد قضوا بالاستمرار في سريان التعويض وهو أمر غير قانوني.

وفي معرض حديثها عن مدى شرعية الحكم بالتعويض المستمر، واصلت المحكمة العليا بالقول أن الطاعنة "وهي المؤسسة الوطنية للتوضيب بالورق" تعيب على حكم محكمة برج بوعريريج الصادر بتاريخ 14/01/1996 أنه حدّد مبلغ 4.000دج، دون الإشارة إن كان هذا المبلغ يجري حسابه شهريا أو سنويا، بل صرّح قاضي الموضوع أن هذا التعويض يسري ابتداءا من تاريخ التوقيف إلى غاية الرجوع للعمل أو الامتناع عن التنفيذ.

والحال أن الاستمرار في سريان التعويض أمر غير قانوني، ممّا يعرض الحكم المطعون فيه للنقض في شأن هذه المسألة، ومن تم القضاء بنقض وإبطال الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة برج بوعريريج بتاريخ 14/01/1996 جزئيا فيما قضى بالتعويض المستمر وإحالة القضية والأطراف على نفس المحكمة مشكلة من هيئة أخرى جديدة للفصل فيها طبقا للقانون.

وفيما يخص فترة التجربة période d’essai التي يخضع لها العامل الجديد بنص المادة 18 من قانون 90/11[[480]](#footnote-481)، فإن المادة 19 من نفس القانون 90/11[[481]](#footnote-482)، جعلت منه متمتّعا بنفس الحقوق ومتحمّلا لنفس الواجبات في نفس المستوى مع العمال الذين يشغلون مناصب عمل مماثلة، غير أن المادة 20 من نفس القانون 90/11[[482]](#footnote-483) تنص على أنه يجوز لأحد الطرفين أن يفسخ علاقة العمل خلال مدة التجربة وبدون إشعار مسبق.

فأول ما يلاحظ على هذه المواد، أن المادة 19 جعلت من العامل تحت التجربة يتمتع بنفس الحقوق والواجبات، ومعلوم أن من بين الحقوق التي يتمتع بها العامل أن لا يفسخ رب العمل علاقته معه إلا إذا كان هناك سبب يدعو إلى ذلك، مع الحصول على التعويض وضرورة أن يكون إعلام مسبّق بذلك، فكيف لا يتمتع العامل تحت التجربة من هذه الضمانات؟

نتساءل عن ذلك، بالرغم من أن المادة 20 أعطت للطرفين حق الفسخ، لأن العامل نادرا ما يقدم على فسخ علاقة عمل بدأها حديثا، نظرا لضعفه الاقتصادي، وحاجته إلى منصب العمل، مقارنة برب العمل الذي يملك وضعية اقتصادية تمكّنه من الإقدام على فسخ تلك العلاقة دون أن يصيبه أي ضرر!!

وبالرغم من شرعية هذا التساؤل، الذي يجد مبرره في فلسفة قانون العمل، القائمة على محاولة الموافقة بين مصلحتي العامل ورب العمل، المتميزتان بالتناقض والمواجهة في بعض الأحيان، إلا أن المحكمة العليا سايرت منطق المادة 20 من قانون 90/11 المتعلقة بأحقية فسخ علاقة العمل تحت التجربة.

ففي قرار لها مؤرخ في 18/02/1997[[483]](#footnote-484) اعتبرت المحكمة العليا، أن اشتراط إثبات فشل العامل خلال مدة التجربة لإمكانية طرده، هو تجاوز في السلطة من طرف قضاة الموضوع، ففي معرض حديثها عن أوجه الطعن التي أثارتها المؤسسة الوطنية للزجاج، ذكرت أن المادة 20 من قانون 90/11 تنص أنه أثناء مدة التجربة يمكن فسخ علاقة العمل بدون تعويض ولا إشعار، وأن تقدير نتائج التجربة من صلاحية رب العمل، وقاضي الموضوع لا يستطيع أن يحل محله.

وحيث أنه يتبين فعلا من الحكم المطعون فيه، أن مدة التجربة كانت أصلا لمدة ستة أشهر ثم مددت لفترة مماثلة، ذلك أن الطاعنة لم تتمكن من تقييم المطعون ضده، وأنّه في نهاية الفترة الثانية وقع طرده، ولكن بدون إثبات فشل التجربة.

وحيث أنه بقضائه كما فعل، يكون الحكم المطعون فيه تجاوز سلطته لما فرض على المستخدم شرط إثبات عدم تمكن العامل من نتائج مرضية أثناء الفترة التجريبية، وذلك ما يخالف مقتضيات المادة 20 من القانون 90/11 التي تجيز لأحد الطرفين أن يفسخ في أي وقت علاقة العمل خلال المدة التجريبية دون تعويض ومن غير إشعار.

ولهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن بالنقض شكلا وفي الموضوع نقض وإبطال الحكم الصادر عن محكمة وهران بتاريخ 10/09/1994، وإحالة القضية والأطراف على نفس المحكمة مكونة من هيئة أخرى جديدة للفصل فيها طبقا للقانون.

وأكدت المحكمة العليا موقفها في قرار لاحق بتاريخ 11/04/2001[[484]](#footnote-485) بين (ف.د) و(ط.م) من خلال قولها أن القانون يخول للمستخدم إنهاء علاقة العمل أثناء فترة التجربة باعتباره هو المؤهل لتقدير مؤهلات العامل.

فواضح أن موقف المحكمة العليا من التسريح الذي يتم اتخاذه في فترة التجربة، أن هذه الفترة كغيرها من فترات علاقة العمل العادية، يجب على رب العمل أن يثبت السبب الذي دعاه إلى اتخاذ قرار التسريح، حتى لا يكون استعماله لحقه في إنهاء هذه العلاقة، استعمالا تعسّفيا.

إلا أننا لاحظنا على حيثيات المحكمة العليا بخصوص قرار 18/02/1997 أنها وجّهت اللوم لقاضي الموضوع،من أنه لم يتأكد من وجود إثبات لفشل التجربة، ممّا يعني بمعنى المخالفة أن أسباب تسريح العامل تحت التجربة، ليست فقط الأخطاء الشخصية، وإنما أيضا ما يتعلق بضعف المردود أو عدم البرهنة على إمكانيات كان رب العمل يعتقد أن العامل الذي تعاقد معه، متوفر عليها.

**المبحث الثاني: تسليم شهادة العمل.**

ينبغي أن يكون تسليم شهادة العمل خاضعا لنصوص قانونية يلتزم رب العمل باحترامها، حفاظا على مصالح العامل الأجير خصوصا فيما يتعلق بمحتوى شهادة العمل.

وفي ما يلي دراسة قانونية لما اشترطه القانون بخصوص تسليم شهادة العمل:

**المطلب الأول : الشروط الواجب توفرها في شهادة العمل.**

**المطلب الثاني: موقف المحكمة العليا من شهادة العمل التي تسلّم للعامل.**

**المطلب الأول : الشروط الواجب توفرها في شهادة العمل.**

نص المشرّع الجزائري في المادة 67 من قانون 90/11 على "يسلم للعامل عند انتهاء عقد العمل، شهادة عمل تبين تاريخ التوظيف وتاريخ إنهاء علاقة العمل وكذا المناصب التي شغلت و الفترات المناسبة لها. لا يترتب عن تسليم شهادة العمل فقدان حقوق وواجبات المستخدم والعامل الناشئة عن عقد العمل أو عقود التكوين إلا إذا اتفق الطرفان على عكس ذلك كتابة".

وواضح من هذا النص أن تسليم شهادة العمل للعامل عند انتهاء عقد العمل، هو التزام يقع على المستخدم مهما كان سبب انتهاء عقد العمل، طالما أن انتهاء علاقة العمل يكون بتسع (9) حالات طبقا للمادة 66 من قانون 90/11[[485]](#footnote-486) من بينها التسريح الذي سمّاه المشرّع الجزائري في المادة 66 بمصطلح العزل "ويقابله باللغة الفرنسيLe licenciement".

والملاحظ على صيغة الإلزام في تسليم شهادة العمل، أن النص لم يرد على شكل "تسلم للعامل بناء على طلبه عند انتهاء عقد العمل، شهادة عمل"، وإنما جاء مباشرة بصيغة الأمر المتلاصق مع الانتهاء وهو ما يدعو إلى الحديث عن إمكانية أن تسلّم شهادة العمل مع قرار التسريح[[486]](#footnote-487).

وقد تكون هذه الفرضية منطقية، على اعتبار أن العامل الذي انتهت علاقة عمله "خصوصا في موضوع التسريح"، سيكون في سباق مع الزمن للحصول على عمل جديد، ومن بين ما يحتاج إليه، شهادة العمل التي تثبت تجربته في منصب العمل الذي كان يشغله، وأن أي تأخّر في تسليمه هذه الشهادة قد يضر به، بأن تفوته فرصة التوظيف لدى مستخدم جديد اشترط ضرورة إحضار شهادة العمل خلال أجل معين، فيكون تماطل رب العمل السابق في تمكين العامل من شهادة عمله، بمثابة تعسّف، يلحق بالعامل قلقا وارتباكا لا مبرر له.

وبالرجوع للمادة 68 من قانون 90/11 نجد أن المشرّع الجزائري حدّد ما يدوّن على شهادة العمل، بحيث ألزم رب العمل بضرورة ذكر: -تاريخ التوظيف –تاريخ انتهاء علاقة العمل–المناصب التي شغلت والفترات المناسبة لها.

وبناءا على النص المتقدّم، لا يحق لرب العمل أن يضيف من تلقاء نفسه معلومات أخرى، فالنص ورد على سبيل الحصر، فلا يجوز له مثلا القيام بتقييم شخصي لكفاءة العامل سواء بالذم أو المدح، إذ المقصود هو إعطاء صورة واقعية عن خدمة العامل، نظرا لما قد يترتب عن ذلك في حالة الذم أو عدم ورود المدح، من إعاقة للعامل في الحصول على عمل آخر، أو ما يترتب عن ذلك في حالة المدح من احتمال ضغط صاحب العمل على العامل، للتنازل مقابل المدح، عن بعض حقوقه[[487]](#footnote-488).

وعكس المشرّع الجزائري بخصوص إمكانية رب العمل ذكر الخبرة المتميزة للعامل "وهو ما يشكل مدحا" بحيث لم ينص عليها في المادة 67 من قانون 90/11، فإن المشرّع المصري لم يشأ أن يحرم العامل منها وذلك بطريقة قانونية، تمكّن من اجتناب ما قد يقابل المدح من ابتزاز، وفي نفس الوقت عدم حرمان العامل المستحق لهذا المدح نظير خبرته النموذجية في العمل، وذلك بأن اشترط المشرّع المصري أن يكون ذكر ذلك "أي الخبرة المتميزة" في شهادة مستقلة عن شهادة الخدمة "المادة 130/2 من قانون العمل المصري".

كما لم يبين المشرّع الجزائري إمكانية أن يطلب العامل من رب العمل ذكر مقدار الأجر الذي كان يتقاضاه أو سبب إنهاء علاقة العمل، مثلما فعل المشرّع المصري بنص المادة 130 من قانون العمل المصري[[488]](#footnote-489).

حيث وضّحت المادة 130من قانون العمل المصري، ليس فقط إمكانية طلب العامل الحصول على شهادة الخدمة[[489]](#footnote-490) دون تفصيل، وإنما اشترطت أن يكون ذلك الطلب دون مقابل، وهو اشتراط موضوعي يبعد أي تعسّف من طرف المستخدم في إمكانية إجباره للعامل دفع مبلغ مالي مقابل الحصول على شهادة الخدمة.

كما بيّنت المادة 130من قانون العمل المصري، المعلومات الواجب ذكرها في هذه الشهادة وتتمثل في تاريخ التحاق العامل بالخدمة، وتاريخ انتهائها ونوع العمل الذي كان يؤديه، وحتى المزايا التي كان يحصّل عليها[[490]](#footnote-491).

وذكرت المادة 130 من قانون العمل المصري في آخر فقرة لها، بأن يلتزم صاحب العمل بإرجاع ما يكون العامل قد أودعه لديه من أوراق أو شهادات أو أدوات، فور طلبها، وهو ما لم نجده في قانون العمل الجزائري، إلا أنه وبالرغم من أهمية هذه الفقرة في قانون العمل المصري إلا أن عبارة "فور طلبها" هي عبارة كان بالإمكان الاستغناء عنها.

وبالتالي يتحول إرجاع الوثائق والشهادات عقب انتهاء عقد العمل، بمثابة التزام يقوم به رب العمل ولو لم يطلب منه العامل استرجاع تلك الوثائق، لأنها متعلقة به، ولا حاجة لرب العمل في الاحتفاظ بها.

وإذا رجعنا إلى القانون الفرنسي، فنجده يتشابه مع القانون الجزائري فيما يخص إلزام المستخدم بتسليم شهادة العمل دون أن يتوقف ذلك على طلب العامل "م 122/16 من قانون العمل الفرنسي"[[491]](#footnote-492).

إلاّ أن التفصيلات التي جاء ت بها المادة 122/16 من قانون العمل الفرنسي تقترب من القانون المصري الذي هو الآخر فصّل ما يجب أن تتضمنه شهادة العمل ولكنه ربط الحصول على هذه الشهادة بطلب من العامل[[492]](#footnote-493) وهي النقطة التي اختلف فيها القانونان الفرنسي والمصري.

فيتضح أن قانون العمل الفرنسي جمع بين غزارة التفصيل لما تحتويه شهادة العمل، وإمكانية أن يُفهم من عبارة –L’employeur doit remettre au salarié un certificat de travail- أن تسلم للعامل دون طلبه، وهذا هو مفهومنا لهذه المادة مثلما أشرنا إليه بخصوص المادة 67 من قانون 90/11 الجزائري التي وردت هي الأخرى بصيغة الأمر دون أن تشترط طلبا من العامل، وهذا على خلاف بعض الفقهاء الفرنسيين الذين يرون أن شهادة العمل مطلوبة وليست محمولة[[493]](#footnote-494).

أما ما يتعلق بالمشاكل العملية التي تطرحها كيفية إعداد شهادة العمل، فإن ذلك يقودنا إلى ما توصل إليه أحد المختصين في قانون العمل و على وجه الدقة القانون السويسري[[494]](#footnote-495)، بحيث يرى أن شهادة العمل يجب أن تكون صادقة وفي نفس الوقت مرحب بها Vrai et bien veillant.

فشهادة رديئة Un mauvais certificat،قد تؤدي إلى توقف المسار المهني للعامل، لذلك وجب القيام بإعدادها بشكل دقيق، إذ يدفع غياب تلك الدقة، العامل المعنى بها، إلى المحاكم للحصول على تعويض مناسب، فلا يحق لرب العمل أن يدوّن، في شهادة العمل معلومات تتعلق بعمل رديء Un travail médiocre أو سيرة سيئة، ولكن في نفس الوقت قد يستاء رب العمل الجديد من رب العمل القديم الذي لم يعلمه بأن العامل المعني بالتوظيف الجديد قد تم تسريحه بسبب قيامه باختلاس أموال المؤسسة.

ويواصل الباحث Kurt Pärliفي القانون السويسري حديثه طبقا للمادة 330/1 من قانون الالتزامات السويسري، بأن شهادة العمل يجب أن تحتوي على طبيعة العمل والمدة التي استغرقها العمل، مضاف إلى ذلك تقييم مردود العامل وسيرته، ولكن في كيفية إعداد هذه الشهادة لابد أن تكون كيفية متطابقة مع حقيقة الأمور وتشير لكل أمور العمل، وفي نفس الوقت تكون مرحب بها ومقبولة، بحيث يجب أن تخضع لطريقة فنية تجمع بين الحقيقة والقبول.

فمن جهة يجب ذكر المعلومات السيئة لأنها مرتبطة بالحقيقة و تشكل أهمية بالغة لرب العمل الجديد، ومن جهة أخرى لا يجب ذكر الهفوات البسيطة التي ارتكبها العامل مع ذكر الأداء الجيد والسيرة الحسنة.

وأما ما يتعلق بالواقع العملي، فأشار الأستاذ Kurt Pärli أنه لا يوجد ما يسمى بشهادة عمل إيجابية، ومن يدّعي خلاف ما ورد فيها، ما عليه سوى إثبات إدعائه، مع ضرورة الحذر من شهادات العمل المشفرة Certificat de travail codé بحيث يتداول أربابالعمل خطابا سريا لا يمكن للشخص العادي أن يفهمه ومن أمثلة ذلك:

* كان دائما عند حسن ظننا الكبير ← معنى ذلك أن العمل كان جيدا.
* كان دائما عند حسن ظننا ← معنى ذلك أنه كان مشاركا جيدا.
* كان اجتماعيا جدا ← معنى ذلك أنه كثير الشوشرة Il est bavard.
* انفصلنا رضائيا ← معنى ذلك أنه كان علينا أيضا تسريحه.
* تركنا بمحض إرادته ← معنى ذلك أنها استقالة عادية و ليس هناك حقد.
* ندمنا على ذهابه ← معنى ذلك خسرناه دون إرادة منا.
* ندمنا ندما استثنائيا لذهابه ← معنى ذلك أنه ترك فراغا هاما.

ويرى الأستاذ Kurt Pärli، أن الحل الذي يقترح لإزالة ما قد يؤدي إلى فهم غير صحيح من طرف رب العمل الجديد لشهادة العمل، أن يطلب العامل شهادة عمل غير مشفّرة Certificat de travail non codé بحيث نقرأ في نهاية الشهادة: شهادة العمل هذه أنجزت دون تشفير Le certificat de travail est formulé sans code.

**المطلب الثاني: موقف المحكمة العليا من شهادة العمل التي تسلّم للعامل.**

اعتنقت المحكمة العليا في الجزائر مبدأ مفاده أن الفترة التي لم يعمل فيها العامل بسبب رفض رب العمل تنفيذ الحكم القاضي بالإرجاع، لا يجب أن تدرج في شهادة العمل[[495]](#footnote-496).

ففي قضية عرضت عليها بين المؤسسة الوطنية للهندسة "الطاعنة بالنقض" والمدّعى عليه (م.م) "المطعون ضده في النقض" بتاريخ 23/06/2002 ضد الحكم الاجتماعي الصادر عن محكمة أرزيو بتاريخ 27/11/2001 الذي قضى بإلزام الطاعنة بالنقض "المؤسسة" بمنحها للعامل شهادة عمل سارية المفعول من تاريخ توظيفه في 13/06/1987 إلى غاية 27/02/2000 تاريخ انتهاء علاقة عمله، كان موقفها كالتالي:

حيث رأت المحكمة العليا في هذا الحكم مخالفة للقانون وقصور في التسبيب، بحيث أن الحكم قد خالف القانون لما اعتبر المطعون ضده عاملا لدى المؤسسة في الفترة التي صدر فيها حكم يقضي بإرجاعه دون تنفيذ، بالرغم من أنه بين شروط القول بالاستفادة من تدوين فترة عمل داخل شهادة العمل أن يؤدي العامل شغله فعليا، وأن الأمر 96/21 يعطي للمؤسسة حق رفض الإرجاع.

ورغم ذلك ألزمت المحكمة، المؤسسة الطاعنة بتسليم العامل شهادة عمل من يوم توظيفه في 13/06/1987 إلى غاية 27/02/2000 وهو تاريخ الحكم الأخير الذي صدر في 27/02/2000 القاضي بالتعويض نتيجة رفض المؤسسة إرجاع المطعون ضده، بينما كان عليه أن يأخذ بتاريخ التسريح الذي تم اتخاذه في حق المطعون ضده في 13/05/1992 والذي هو تاريخ انتهاء علاقة العمل وفقا للمادة 66 من قانون 90/11 المتعلق بالعلاقات الفردية في العمل.

وعليه، فإن الفترة التي لم يعمل فيها بسبب رفض المستخدم تنفيذ الحكم القاضي بالإرجاع لا تعتبر كفترة شغل، مادام أن المطعون ضده لم يقم بأي نشاط مهني لدى المؤسسة، ومن ثم تكون المحكمة قد تعاملت معه تعاملا اجتماعيا وليس قانونيا، مما يجعل الحكم المطعون فيه قد خالف القانون.

ولهذه الأسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن شكلا وفي الموضوع نقض وإبطال الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة أرزيو بتاريخ 27/11/2001 وإحالة القضية والأطراف على نفس الجهة مشكلة من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون.

وما استخلصناه من موقف المحكمة العليا في هذا القرار، أن فترة العمل التي تدون في شهادة العمل تشمل تلك الفترة التي شهدت عملية التقاضي بين العامل ورب العمل، فالفترة التي يجب تدوينها في شهادة العمل تكتمل بصدور حكم قضائي.

ولكن بعد صدور الحكم القضائي، يشترط أن ينص على أن يكون هناك إرجاع للعامل إلى منصب عمله، فإذا حدث وأن رفض رب العمل عملية الإرجاع أو أن العامل عبّر عن عدم رغبته في الرجوع، وبالتالي انعدام التنفيذ لهذا الحكم القضائي القاضي بالرجوع، فإن الفترة بين صدور هذا الحكم و تنفيذه لا يجب أن تتضمنها شهادة العمل.

غير أننا نرى أن موقف المحكمة العليا في هذا القرار يحمل انتقاصا من حجية الحكم القضائي، وهو انتقاص يكون غير مقصود، طالما أن المادة 73 مكرر تتحدث عن الخيار بين الرجوع إلى منصب العمل أو في حالة رفض أحدهما الحكم بالتعويض.

ولم تبين لنا، متى يتم التعبير عن إرادة الرفض من أحدهما، هل أثناء الجلسات وتبادل المذكرات أمام القاضي؟ أو أن الأمر يترك لما بعد صدور الحكم الابتدائي وقبل صيرورته نهائيا ممهورا بالصيغة التنفيذية؟

فنحن نرى أن الحكم القضائي و طالما تضمن إلزام رب العمل بإرجاع العامل الأجير وأصبح ممهورا بالصيغة التنفيذية، فإن الأمر لم يعد فيه خيار، و أن عدم تنفيذه يؤدي إلىمسؤولية رب العمل ومساءلته ليس فقط بإجباره على دفع التعويض المتعلق لمدة 6 أشهر "لان هذا الخيار انتهى بصدور الحكم نهائيا ممهورا بالصيغة التنفيذية"،وإنمابإخضاعه لتعويض آخر جرّاء تعسّفه وعدم امتثاله لمنطوق الحكم القضائي مما يشكل عدم احترام لسلطة القضاء[[496]](#footnote-497).

**المبحث الثالث: التعويض عن التسريح التأديبي التعسّفي.**

لماكان رب العمل يملك السلطة الكاملة في تسريح أي عامل أجير يرتكب خطأ جسيما، وحرّا في تقدير ذلك، فإن حرّيته هذه تقابلها ضرورة أن لا يتعسّف في ذلك، بحيث أن ذلك ينجم عنه دفع تعويض للعامل الذي كان محلا لهذا التعسّف.

ولتحديد هذا النوع من التعويض، سندرس عبر المطالب التالية، مايلي:

**المطلب الأول:** ماهية التعويض عن الإنهاء التعسّفي وتمييزه عن التعويضات الأخرى.

**المطلب الثاني:** تقدير التعويض عن الإنهاء التعسّفي.

**المطلب الأول: ماهية التعويض عن الإنهاء التعسّفي وتمييزه عن التعويضات الأخرى.**

نص المشرّع الجزائري في المادة 73-04 الفقرة 02 من قانون 91/29 المؤرخ في 21/12/1991 على «...وإذا حدث تسريح العامل خرقا لأحكام المادة 73 أعلاه يعتبر تعسّفيا.

تفصل المحكمة المختصة ابتدائيا ونهائيا، إمّا بإعادة إدماج العامل في المؤسسة مع الاحتفاظ بامتيازاته المكتسبة، أو في حالة رفض أحد الطرفين، يمنح العامل تعويضا ماليا لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه العامل عن مدة ستة أشهر(6 أشهر) من العمل، دون الإخلال بالتعويضات المحتملة».

وأول ما يلاحظ على هذه المادة، ومن خلال ربطها بما آل إليه توجّه المحكمة العليا الجديد، الذي رأت فيه أن الأخطاء المذكورة في المادة 73 هي على سبيل المثال لا الحصر، أنها قد تفرز تناقضا في إمكانية الربط بينهما، فقد يقوم رب العمل بتسريح العامل تأديبيا، لحالة لم تنص عليها القائمة الموجودة في المادة 73، إلاّ أنها تشكل خطأ جسيما، فهل يشكل ذلك خرقا لهذه المادة ويترتب عنه وصف التعسّف؟

ولعلّ هذا التساؤل يفرض ضرورة تدخل المشرّع الجزائري لتعديل المادة 73، على الأقل فيما يخص عبارة على الخصوص التي أثارت جدلا كبيرا.

إن مفهوم التعويض في حالة التسريح التأديبي التعسّفي، يقصد به التعويض النقدي وهو يشمل وفقا للقواعد العامة، ما لحق العامل من خسارة وما فاته من كسب، ولا يقتصر فقط على الضرر المادي، بل يتسع للضرر الأدبي أيضا، ويتعين في جميع الأحوال، أن يكون عادلا[[497]](#footnote-498)1.

فقد يستحق العامل تعويضا عن التعسّف فقط إذا كان صاحب العمل قد أخطره في المهلة المحدّدة، وقد يستحق تعويضا عن عدم مراعاة مهلة الأخطار فقط، متى تبث أن الإنهاء تم بمبرّر مشروع. وقد بجمع العامل بين التعويض عن التعسّف في الإنهاء والتعويض عن مهلة الإخطار، إذ لا مانع من الجمع بينهما، إذا توافر أساس كل منهما.

ولقد نص المشرّع المصري في المادة 106 من قانون العمل على: «وإذا تبيّن للمحكمة أن فصل العامل من عمله، أو إنهاء خدمته كان تعسّفيا، أو مخالفا للقانون، فإنه يجوز لها، إما الحكم بإعادة العامل إلى عمله، أو بإلزام صاحب العمل بأن يدفع له تعويضا عادلا، وذلك بالإضافة إلى:

* مكافأة نهاية الخدمة المستحقة قانونا وجميع المزايا الأخرى التي يقرّرها القانون أو عقد العمل، أيهما أكبر.
* الأجر الأساسي مع العلاوات الأخرى -إن وجدت– عن مدة الإخطار التي ينص عليها القانون أو عقد العمل أيهما أكبر...».

فواضح من هذا النص، وعلى عكس المشرّع الجزائري الذي قرر التعويض بـ ستة (6) أشهر مع وضعه لعنصر الاحتمال فقط فيما يخص تعويضات أخرى، فإن المشرّع المصري ترك الأمر لتقدير المحكمة، في الحكم بإعادة العامل إلى عمله، أو القضاء له بالتعويض العادل.

وفيما يتعلق بإعادة العامل المفصول تعسّفيا إلى عمله، فإنها أفضل طريقة لجبر الضرر الذي لحق بالعامل، فضلا عن اتفاقه مع المبادئ العامة في اعتباره تنفيذا عينيا لالتزام صاحب العمل.

أما الحكم بالتعويض العادل للعامل، فإنه يمثل مذهب معظم التشريعات، وما يجري عليه القضاء ويسانده الفقه، ويستند هذا الاتجاه إلى أن التنفيذ العيني بإجبار صاحب العمل بإعادة العامل المفصول إلى عمله، أو إجبار العامل على الاستمرار في خدمة صاحب العمل، أمر غير جائز، لأنه يشكل اعتداءا على الحرية الشخصية أو حرية العمل من ناحية، ومن ناحية ثانية، أنه إرغام، سينتفي معه حسن التعاون الواجب بين صاحب العمل والعامل، مما يخلّ بمصلحة العمل، ويفسد هيبة صاحب العمل وسلطته على عماله.[[498]](#footnote-499)1

ودائما في إطار التعويض عن الإنهاء التعسّفي وتوضيحه، قضت محكمة النقض المصرية في 01/ 06/ 1974 يما يلي:«لمّا كان أساس التعويض عن مهلة الإنذار المقررة قانونا في حالة فسخ العقد غير محدد المدة، هو إخلال الطرف المنهي للعقد بالتزامه باحترام هذه المهلة وعدم إعلامه الطرف الآخر في المواعيد المقررة بعزمه على إنهاء العقد، وكان أساس التعويض عن الفصل غير المبرر هو ما يشوب تصرّف رب العمل من تعسّف في استعماله حقه بفسخ العقد، ولما كان إنهاء العقد لا يفيد بذاته أن هذا الإنهاء وقع تعسّفيا، ولما كان ذلك، وكان كل من الطلبين قد اتحدا في مصدرهما – وهو العقد – إلاّ أن أساس كل منهما يختلف عن الأساس الآخر، ومن ثم فلا تناقض في أسباب الحكم المطعون فيه إن هو استجاب في قضائه لطلب مقابل مهلة الإنذار دون طلب التعويض عن فصل الطاعن تعسّفيا».

وفي قرار آخر، قضت محكمة النقض المصرية، بأن التعويض عن مهلة الإخطار والتعويض عن الفصل بغير مبرّر، يختلفان في أساسهما القانوني. فالتعويض الأول «عن مهلة الإخطار» التزام فرضه القانون على من يفسخ العقد غير محدد المدة، دون مراعاة المهلة التي يجب أن تمضي بين الإخطار والفصل، سواء كان الفسخ بمبرّر أو بغير مبرّر، وأما التعويض الثاني«الفصل بغير مبرّر» فهو مقابل الضرر الذي يصيب العامل نتيجة فصل يغير مبرّر.

وهو المنطق الذي أخذت به محكمة التمييز بالبحرين في جمعها بين التعويضين، حيث قضت بأن الحكم المطعون فيه، إذ قضى بإلزام الطاعنة بتعويض المطعون ضده عن الضرر الذي أصابه نتيجة لفصله التعسّفي، زيادة عن تعويضه عن مهلة الإخطار التي لم تراعها، يكون الحكم قد التزم صحيح القانون طبقا للمادتين 107 و108 من قانون العمل البحريني.

ومن جهة أخرى، فإن حق العامل في التعويض عن التعسّف في استعمال حق الإنهاء يختلف عن حق العامل في المكافأة، في أساس كل منهما وطبيعته، فمكافأة نهاية الخدمة التزام مصدره المباشر القانون، وسببه ما أداه العامل من خدمات لصاحب العمل نتيجة للعقد، أما التعويض فهو مقابل الضرر، وسببه سوء استعمال الحق، وأن ترتيب الضرر مرتبط به.[[499]](#footnote-500)1

كما أن المكافأة تعتبر بمثابة تأمين للعامل، وتجد سببها في تحقيق الخطر بانتهاء العقد في الحالات التي يحدّدها القانون، ويترتب على ذلك أنه لا يتحقق أي منهما إلا بتحقق سببه، بغض النظر عن توافر أو تخلف الأسباب الأخرى.[[500]](#footnote-501)2

وقد أكّدت محكمة النقض المصرية ذلك، حين قضت بأنه: «لما كان حق المكافأة وحق التعويض، حقّين مختلفين في أساسهما وطبيعتهما، فمكافأة العامل عن مدة خدمته التزام مصدره المباشر، القانون، وسببه ما أداه العامل من خدمات لصاحب العمل نتيجة للعقد الذي تمّ بينهما، فهو بهذه يعتبر نوعا من الأجر الإضافي أوجب القانون دفعه عند انتهاء العقد يغير خطأ أو تقصير من جانبه، فلا يجوز حرمانه من هذه المكافأة إلاّ في الأحوال المقرّرة قانونا، وأما التعويض فهو مقابل الضرر الذي يصيب العامل جزاء فصله بغير مبرّر، فمناطه سوء استعمال الحق وترتب الضرر، يدور معه وجودا وعدما».

ويجب التذكير، بأن المشرّع الجزائري وفي المادة 120 من قانون 90/11 التي تتكلم عن محتوى الاتفاقيات الجماعية نص على مايلي «تعالج الاتفاقيات الجماعية التي تبرم حسب الشروط التي يحددها هذا القانون، وشروط التشغيل والعمل، ويمكنها أن تعالج خصوصا العناصر التالية:

1.التصنيف المهني.

2.مقاييس العمل، بما فيها ساعات العملوتوزيعها.

4.التعويضات المرتبطة بالأقدمية والساعات الإضافية وظروف العمل، بما فيها تعويض المنطقة.

6.كيفيات مكافآت فئات العمال المعنيين على المردود.

3.الأجور الأساسية الدنيا المطابقة.

5.المكافآت المرتبطة بالإنتاجية ونتائج العمل.

7.تحديد النفقات المصرفية

8.فترة التجريب والإشعار المسبق

9.مدة العمل الفعلي التي تضمن مناصب العمل ذات التبعات الصعبة أو التي تتضمن فترات التوقف عن النشاط.

10.التغيبات الخاصة.

12.الحد الأدنى من الخدمة في حالة الإضراب.

11.إجراءات المصالحة في حالة وقوع نزاع جماعي في العمل.

14.مدة الاتفاقية وكيفيات تمديدها أو مراجعتها أو نقضها».

13.ممارسة الحق النقابي.

فبقراءة نص هذه المادة، يمكن أن يشكل المحتوى الخامس للاتفاقية الجماعية المتمثلة في: المكافآت المرتبطة بالإنتاجية ونتائج العمل، تقاربا مع ما نصّ عليه المشرّع المصري في المادة 106، التي نصت على استفادة العامل من مكافأة نهاية الخدمة المستحقة قانونا وجميع المزايا الأخرى التي يقرّرها القانون أو عقد العمل، أيهما أكبر، إلاّ أن الفرق، هو أن المشرّع المصري نص على زمن واضح هو وقت انتهاء الخدمة، وهي مستحقة للإنهاء في ذاته، دون أن يكون مرتبطا بالإنتاجية ونتائج العمل، إذ معنى المادة 120 من القانون الجزائري 90/11 أن المكافأة مرتبطة بإنتاجية ونتائج العمل، فهل يستفيد العامل المسرّح من تلك المكافأة إذا تصادف تسريحه مع عدم ظهور نتائج جديدة للعامل الذي قام به، ولكن مثلا 3 أشهر أو 6 أشهر السابقة لتسريحه تأديبيا؟

إذا طرح هذا السؤال على القاضي الناظر في دعوى العامل المفصول تعسّفيا، فإن فصله في التعويض عن التسريح التعسّفي، ليس معناه حرمان ذلك العامل المسرح تعسّفيا، من حقوقه المرتبطة بالعمل الذي كان يقوم به، تأسيسا، على أن العامل ملزم بتأدية العمل الذي طلب منه، بأقصى ما يملك من طاقة ومهارات، ولا يحاسب على نتيجة العمل إذا كانت معاكسة لتوقعات رب العمل، خصوصا إذا كانت إنتاجية العمل ومكافآتها، لا يمكن تقييمها بفترة قصيرة من العمل، نظرا لطبيعتها التي تفرض تقلبات من فترة لأخرى، فيما يخص المردودية.

ولقد عرّف المشرّع الفرنسي وعدّد في صور المكافآت، فهناك مكافأة الإنتاج Prime de Rendement، ومكافأة الخبرة أو الأقدمية Prime d’ancienneté… ، ومكافأة المواظبة Prime d’assiduité، وتعطى للعامل الذي يواظب على عمله ولا يخلّ بحسن سير الإنتاج، ومكافأة الجهد المضني أو الشاق Prime de Pénibilité، كالمكافآت التي تعطى لعمال المناجم والمحاجر الذين يمارسون أعمالا غير عادية.[[501]](#footnote-502)1

والأصل في جميع هذه المكافآت، أنها تمنح أثناء سريان رابطة العمل، لكن الفقه الفرنسي يؤكّد حق العامل في استحقاقها عند فصله، باعتبارها من الحقوق المكتسبة التي كان سيحصل عليها لو لم يسرّح.[[502]](#footnote-503)2

وبالتالي، فإنها مكافآت كان سيحصل عليها، لو لم يسرّح تأديبيا، ومن تم فمنطق الأمور يعطى للقاضي الجزائري هو الآخر، الحكم للعامل المسرّح بهذه المكافآت، لأنه كان سيحصّل عليها، لو لم يتم تسريحه.

**المطلب الثاني: تقدير التعويض عن الإنهاء التعسّفي.**

حدّد المشرّع الجزائري في المادة 73-4/ الفقرة التالية قيمة التعويض في حالة الإقدام على تسريح تعسّفي، بمبلغ لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه عن مدة ستة (6) أشهر من العمل، دون الإخلال بالتعويضات المحتملة.

ولعلّ المشرّع الجزائري مقارنة بالمشرّع المصري، يكون قد سهّل مهمة القاضي، لأن المشرّع المصري لم يحدد سقفا معينا للتعويض، بل نص في المادة 106 من قانون العمل المصري على أن بحكم للعامل المفصول بتعويض عادل، وهو ما يعطي المجال واسعا أمام القاضي للاجتهاد، وهذا الاجتهاد إمّا أن يكون في صالح العامل بتمكينه من تعويض قد لا يكون متوقعا له، وإمّا أن يكون عكس ذلك، بحيث لا يشكّل جبرا كافيا للأضرار التي يتعرض لها العامل جرّاء التسريح التعسّفي.

ولما كان المشرّع الجزائري حدّد السقف الأدنى وهو 6 أشهر، ولم يحدّد السقف الأعلى لهذا التعويض، فإن السؤال الذي يطرح هو: كيف يتم تقدير التعويض عن الإنهاء التعسّفي؟ وللإجابة عن ذلك لا بد أن نتطرق إلى دراسة:

1. شروط القضاء بالتعويض عن التسريح التعسّفي.
2. مقوّمات التعويض وعناصره.
3. مدى سلطة المحكمة في تقدير التعويض.
4. **شروط القضاء بالتعويض عن التسريح التعسّفي:**

فيما يتعلق بالنص القانوني، فإن المشرّع الجزائري أجاز التعويض عن التسريح التعسّفي، بمعنى التسريح الذي يتمّ خرقا لنص المادة 73 من قانون 90/11.

وهو الأمر الذي استقر عليه الفقه، فالتعويض عن التسريح التعسّفي، وإن كانت القواعد العامة تفرض التعويض عنه لكونه عملا خاطأ ومضرا، إلاّ أن المشرّع نص عليه في قانون العمل، للتأكيد على أحقية العامل فيه[[503]](#footnote-504)1.

ومن المقرّر أن استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية، هو ممّا يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، مادام هذا الاستخلاص جائزا ومستمدا من عناصر تؤدي إليه، من خلال وقائع الدعوى، وأن تكييف الفعل المؤسّس عليه طلب التعويض عنه بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه، هو من المسائل التي يخضع قضاء الموضوع فيها، لرقابة محكمة النقض.

وقد استقر القضاء على أن للعامل الحق في تعويض ما أصابه من ضرر مادي مباشر بسبب إنهاء عقده يغير مبرر مشروع، وأنه يتعين للقضاء بالتعويض، ثبوت وقوع الضرر باعتبار أن الضرر ركن من أركان المسؤولية، وثبوته شرط لازم لقيامها، وأن الغاية من التعويض هي جبر الضرر جبرا متكافئا معه، وغير زائد عليه.

1. **مقوّمات التعويض وعناصرها:**

لما نص المشرّع الجزائري على التعويض الخاص بالتسريح التعسّفي وقدره بـ6 أشهر من العمل، أضاف بجانبه جزءا يتمثل في التعويضات المحتملة، ولكنه لم يبيّن ما هي عناصر ومقومات هذا التعويض المحتمل؟

وهذا ما يدفعنا إلى الاتجاه نحو بعض قوانين العمل للدول الأخرى، فنجد أن القانون الكويتي في المادة 53، والقانون السعودي في المادة 74، والقانون البحريني في المادة 108، قد تم النص فيها على أن عناصر ومقومات التعويض، تتناول نوع العمل، ومدة الخدمة، وسن العامل، ومقدار الأجر، والعرف الجاري، ومقدار الضرر، وبوجه عام، جميع الأحوال التي يتحقق معها وقوع الضرر ويتحدّد مداه.[[504]](#footnote-505)1

وقد استقر القضاء المقارن على أن هذه المقوّمات والعناصر ليست واردة على سبيل الحصر، وأنه يمكن للقاضي أن يسترشد بعناصر أخرى كثيرة، وتطبيقا لذلك، قضي بأنه متى كانت محكمة الموضوع وهي في سبيل تقدير التعويض عن الفصل التعسّفي، قد استظهرت من أوراق الدعوى ومستنداتها وظروفها وملابساتها نوع العمل الذي كان يباشره الطاعن «العامل» لدى الشركة المطعون ضدها «صاحب العمل»، وأجره الأصلي وملحقاته، ومدة خدمته فيها وظروف فسخ العقد المبرم بينهما، والتحاق الطاعن بعمل آخر، وتولت بعد ذلك تحديد مقدار التعويض الذي رأت أنه يستحقه على ضوء هذه العناصر مجتمعة، وكان تقدير التعويض متى قامت أسبابه من سلطة قاضي الموضوع دون معقّب، فإن النعي على الحكم في شأن هذا التقدير يكون جدلا موضوعيا لا يجوز إثارته أما محكمة النقض.[[505]](#footnote-506)2

1. **مدى سلطة المحكمة في تقدير التعويض:**

بالنسبة للمشرّع الجزائري، وبحسب الصياغة التي جاءت عليها المادة 73/4، فإن القاضي له حد أدنى لا يجوز الهبوط عنه عندما يتعلق الأمر بالتعويض عن التسريح التعسّفي، والأمر الأكثر أهمية عند عرض الملف أمامه، إنما يكمن في البحث عمّا إذا كان هناك تعسّف، فإذا وجد تعسّفا في اتخاذ قرار التسريح، حكم للعامل الأجير بما لا يقل عن ستة(6) أشهر من العمل، ولكن هل للقاضي الجزائري أن ينزل عن هذا المبلغ، إذا اتضح له من خلال دراسة كل ظروف تقدير هذا التعويض، أن هذا التعويض في الملف المعروض أمامه، لا يجب أن يتجاوز أربعة (4) أشهر من العمل؟

في ظل هذه الصياغة للمادة 73/4 لا يمكن للقاضي الجزائري أن يجتهد للوصول إلى عدالة بين طرفي علاقة العمل، فهو أمام تعويض مقدّر سلفا من المشرّع، ولا يجوز مناقشة تخفيفه، بعكس المشرّع المصري الذي نص ضرورة أن يكون التعويض عادلا، دون أن يضع بشأنه مقدارا معيّنا لا يجوز النزول عنه.

فالصياغة التي جاء بها القانون المصري، تتلائم مع الدور المنطقي في تقدير التعويض، الذي هو من صلاحيات قاضي الموضوع.

إلاّ أنه، ولئن كان تقدير الضرر وتحديد التعويض المناسب له، تكون فيه للقاضي سلطة مطلقة، إلاّ أن شرط ذلك أن يكون قد اعتمد في قضائه على أساس سليم.[[506]](#footnote-507)1

كما يجب على القاضي أن يراعي ظروف الدعوى وملابساتها بما في ذلك مدة تعطّل العامل، واستظهار عناصر الضرر نتيجة للفصل التعسّفي.

والضرر الذي يستحق التعويض عنه، هو ضرر مادي، ولكن إثباته ضروري، ويحق لصاحب العمل أن يدافع عن نفسه بالقول أن العامل لم تلحقه أضرار بسبب التحاقه بخدمة آخرين، وهو دفاع جوهري، يتغير به وجه الدعوى، ويجب على المحكمة الرد عليه، وإلاّ كان حكمها مشوبا بالقصور.

ونحن لا نتفق مع هذا الرأي، الذي يعطي لرب العمل إمكانية الدفاع بالقول أن العامل المسرّح تعسّفيا قد التحق بخدمة رب عمل آخر، ذلك لأن التعسّف هو الذي جاء النص القانوني بتحريمه، بغض النظر عمّا إذا كانت الأضرار التي لحقت بالعامل ليست ذات أهمية بالمنظور المالي، خصوصا أنه من بين العناصر التي سيبني عليها القاضي تقديره في التعويض، المدة التي يكون قد قضاها العامل في خدمة رب العمل الذي قام بتسريحه تعسّفيا، فليس من العدل أن يستجيب القاضي لطلب رب العمل في تخفيف التعويض، لأن العامل المعني قد التحق برب عمل آخر.[[507]](#footnote-508)1

وتجب الإشارة إلى أنه إذا كان الضرر أدبيا، فإن التعويض عنه يمكن أن يكون بنشر الحكم في الصحف، ويدخل تقدير ذلك في سلطة قاضي الموضوع، وقد يتمثل الضرر الأدبي في الألم، نتيجة التسريح الفجائي، مثلما أشارت إليه محكمة النقض المصرية.[[508]](#footnote-509)2

وفي الأخير يجب التذكير، بأن القاضي إذا رأى أن دعوى التّعويض غير مبرّرة، وقام برفضها استنادا إلى توافر السبب المبرّر للتسريح «الخطأ الجسيم» وبالتالي لا تعسّف فيه، فإن القاضي ليس عليه البحث في مدى وقوع ضرر للعامل.[[509]](#footnote-510)3

الخاتمة

بعد التطرق في رسالتنا لمختلف القواعد القانونية ذات العلاقة بارتكاب الخطأ الشخصي من طرف العامل، للإجابة عن الإشكالية التي طرحناها في بداية بحثنا، وبعد دراسة استطلاعية لما حملته بعض قوانين العمل في دول أخرى، والتي مكّنتنا من معرفة ما توصلت إليه تلك القوانين بشأن نظرتها لحق التسريح التأديبي المعطى لرب العمل كمالك لسلطتي الإشراف والتأديب، توصلنا إلى النتائج التالية:

أن التسريح التأديبي للخطأ الشخصي المرتكب من طرف العامل الأجير، لم يخضع لنظام تأديبي متكامل يأخذ بعين الاعتبار الفلسفة الجديدة التي أعقبت صدور قانون 90/11 الذي حمل بدور التوجه نحو اقتصاد السوق، والتخلي عن معظم أحكام القانون الأساسي العام للعامل المنبني على فلسفة النظام الاشتراكي.

فكان قانون 90/11 فيما يتعلق بموضوع التسريح التأديبي قد حمل أفكارا لم يكن لها لتطبق في محيط اقتصادي لم يتخلص بعد من آثار التجربة الاشتراكية، الأمر الذي أدى 18 شهرا فيما بعد إلى تعديل المادة 73 بقانون 91/29 المؤرخ في 21/12/1991 التي كانت قبل تعديلها تعطي حق تسريح العامل المرتكب لأخطاء خطيرة بحسب الشروط المحددة في النظام الداخلي الذي يتضمن أيضا التعويض عن هذا التسريح الذي جاء كلفظ عام ولم يحدد فيما إذا كان تأديبيا يتعلق بخطأ معين، أو لسبب يتعلق برب العمل دون أن يكون العامل قد ارتكب خطأ.

فكان أن جاء قانون 91/29 ليعدّل هذه المادة ويبقي على مجموعة من الأخطاء التي يمكن أن يرتكبها العامل وتؤدي إلى تسريحه، مع وجود عبارة "تعتبر على الخصوص..." التي أثارت جدلا فقهيا كبيرا وموقفا للمحكمة العليا دام أكثر من عشرية كاملة يعتبر أن تلك العبارة تعني أن الأخطاء محددة على سبيل الحصر ولا مجال للتوسع فيها، ليتغير موقفها لاحقا وتعتبر أن ذلك دليل على أن هناك مجال لأخطاء أخرى يتم تكييفها بالقياس على تلك القائمة التي ذكرها المشرّع !

ولم يكتف المشرّع الجزائري في القانون 91/29 بتعديل هذه المادة، بل قام بإثرائها بـ 5 مواد أخرى تحمل نفس الرقم 73 "73/1، 73/2، 73/3، 73/4، 73/5، 73/6" وكلّها حملت فراغات قانونية تعقّد من عملية تطبيقها، فالمادة 73/1 تنص على ضرورة أن يأخذ رب العمل في الحسبان ظروف ارتكاب العامل للخطأ، ودرجته والضرر الناجم عنه و سلوك العامل إلى تاريخ ارتكابه للخطأ، إلا أنها لم تبين الجزاء الذي يطبق على رب العمل في حالة عدم أخذه بتلك الظروف بعين الاعتبار، فيما إذا كان اعتبار ذلك التسريح باطلا أو أن يعطي تعويضا للعامل، أو أي جزاء آخر؟

أضف إلى ذلك أن أخذ تلك الظروف بعين الاعتبار هو أمر شخصي متعلق برب العمل و ما تحمله علاقته بالعامل الأجير، وما يتميز به من إنصاف وعدل أو أنه ميّال إلى انتهاز فرصة أي خطأ من العامل للقيام بتسريحه دون التأثر بما كان هذا العامل يقدمه للمؤسسة من إخلاص وحسن السلوك؟

وحتى بالنسبة للمحكمة العلياالتي يجب أن يكون دورها دورا أساسيا ومكمّلا للنصوص القانونية، لم ترق إلى ما وصلت إليه محكمة النقض الفرنسية التي تعتبر بمثابة مشرع ثاني، نظرا لحركية الاقتصاد الفرنسي وكثرة مؤسساته، وتشعّب علاقات العمل الأجرية التي اكتسحت معظم مجالاته.

وبالنسبة للمادة 73/2 لم تشأ أن تتخلى عن دور النظام الداخلي الذي كان يرقى إلى درجة تحديد الخطأ الجسيم قبل تعديل هذه المادة، ولم ترض أن تعطيه على الأقل الدور في تحديد تلك الأخطاء الغير موجودة في القائمة التي ذكرتها المادة 73 ولكن تتشابه معها، وبالتالي عدم انتزاع ذلك الدور كلية من رب العمل.

فاكتفت بالتصريح بإجبارية أن ينص هذا النظام الداخلي على إجراءات الاستدعاء والسماع واصطحاب المعني بالأمر لعامل من اختياره، دون أن نجد حلا بالنسبة للمؤسسات التي تشغل أقل من20 عاملا والتي حملت المادة77من قانون90/11 عبارة يمكن لرب العمل L’employeur peut élaborer دون أن تحمل إلزاما بذلك.

وهو ما يطرح إشكالا في حالة عدم وجوده عند إقدام رب العمل على تسريح أحد عماله تأديبيا؟

وجاء في المادة 73/4 فقرتين أثارتا نوعا من الغموض بشأن تعلق الفقرة الأولى بالتسريح التأديبي أو الاقتصادي[[510]](#footnote-511).

مع أن التحليل السليم يفرض أنها تتحدث عن التسريح الفردي المتعلق بعامل واحد فقط دون ارتباط بالأسباب الاقتصادية، وإنما لأسباب قد تبدو لرب العمل كافية لوضع حد لعلاقة العمل التي تجمعهما[[511]](#footnote-512)، وهو ما لا يمكنه فعله، لأن أي سبب يدّعيه يجب أن يشكل خطأ بحسب درجة وقيمة الأخطاء المذكورة في المادة 73 على سبيل المثال.

أضف إلى ذلك أن الفقرة الثانية من نفس المادة "73/4" لا تحدّد الوقت الذي يعرف فيه رفض أو قبول رب العمل لرجوع العامل لمنصب عمله أو عزوف هذا الأخير عن الرجوع، فهل يكون ذلك في أول جلسة قضائية وقبل التطرق للموضوع حتى لا يحكم القاضي بالتعويض الذي لا يقل عن 6 أشهر لأنه تعويض مقرر في حالة تعذر الرجوع لمنصب العمل؟ أو يستخلص ذلك من مذكرات إجابة الطرفين؟ أو أن مسألة الرجوع لا تتم معاينتها إلا بعد صدور الحكم بين الطرفين؟

فهذه النقائص القانونية كان الأجدر بالمشرّع الجزائري أن يذكرها في تلك المواد الخاصة بالنظام التأديبي للعامل، لأن مقارنة بينه و بين المشرّع الفرنسي تدفعنا إلى القول أن هذا الأخير "المشرّع الفرنسي" يذكر في النص القانوني كل ما يمكن أن يشكل عدم ذكره مشكلة قانونية أو فراغ يستعصى على القاضي الخروج منه بحل قانوني صائب بعيدا عن أي تعسّف أو سوء فهم.

كما حملت المادة 73/5 حقا معطى للعامل الأجير الذي لم يرتكب خطأ جسيما، ويتمثل في مهلة العطلة، دون أن يكون لهذا الحق مرجعية قانونية، فلا يوجد نص قانوني يتحدث عن التسريح الفردي غير التأديبي، وأن التسريح التأديبي طبقا للمادة 73 يلجأ له رب العمل إذا كانت هناك أخطاء تبرر ذلك، سواء كانت في تلك القائمة التي ذكرتها المادة 73 أو الحاملة لوصف جزائي وتم الحكم فيها بحكم جزائي نهائي، أو – وهي الحالة المستعصية- الحالات التي تبدو لرب العمل أنها أخطاء وصلت إلى درجة الجسامة وتتشابه مع الأخطاء التي عددّتها المادة 73 ويقع على عاتقه إثبات ما يدعيه، ويلعب القاضي دورا مهما في البحث عمّا إذا كان ما يدعيه رب العمل من خطأ ارتكبه العامل يتشابه مع أحد تلك الأخطاء التي ذكرتها المادة 73.

وهذا ما يفرض ضرورة الحديث عن إدخال صيغة التسريح لأسباب حقيقية وجدّية، حتى يكون رب العمل مطالب إن هو أقدم على إنهاء علاقته بالعامل تبرير جدية وحقيقة السبب الذي دفعه إلى تسريح العامل وهذا موجود في قانون العمل الفرنسي، أو أن يحذف النصوص الواردة في قانون 90/11 التي تتكلم عن التسريح الفردي لسبب غير تأديبي، وعدم الاكتفاء بإلغاء المادة 72، فالمسألة تتعلق بوضع نظام تأديبي متكامل ومتجانس في مواده القانونية دون خلط بينه وبين طرق أخرى للتسريح.

فالوضعية الحالية لقانون 90/11 فيما يخص التسريح التأديبي تدفعنا إلى القول أن المشرّع الجزائري حاول في البداية إعطاء السلطة الكاملة لرب العمل في تحديد الأخطاء الجسيمة، ثم تراجع عن ذلك ليبقى في كل مرة يحاول التقليل من استعمال هذا الحق، الأمر الذي أدى إلى تكرار النصوص القانونية للمادة 73 مع عدم التوافق والتجانس[[512]](#footnote-513).

فالنصوص القانونية وعلى اشتراط وضوحها و عدم تناقضها، يشترط فيها أيضا أن تحمل محتوى الموضوع الذي تهدف إلى معالجته، كاملا دون اقتضاب.

فضلا عن ضرورة اتخاذها موقفا صريحا في كل نقطة من النقاط التي تترك معالجتها لمصادر أخرى لا ترقى لقوة القاعدة القانونية، كالنظام الداخلي والاتفاقية الجماعية، فهل الفقرة الثانية للمادة 77 التي تتحدث عن دور النظام الداخلي في تكييف الأخطاء المهنية ودرجاتها والعقوبات المناسبة لها وطرق وضعها موضع التنفيذ، دون أن تحدد إذا كانت عبارة في المجال التأديبي Dans le domaine disciplinaire تشمل الأخطاء الجسيمة التي تؤدي إلى التسريح التأديبي دون مهلة ولا تعويض، بعد التفسير الجديد الذي أعطته المحكمة العليا في كون أن ما ذكرته المادة 73 من أخطاء هو على سبيل المثال؟

لقد نجم عن تكرار المادة 73 لستة مرات، أن جعلت تلك المواد المضامين تختلف من فقرة لأخرى في نفس المادة، فإذا أخدنا المادة4/73 في فقرتها الأولى نجدها تتحدث عن كلمة التسريح دون أن تبين إذا كان تأديبيا أو فرديا والذي يترتب عنه البطلان إذا ما اخترقت الإجراءات القانونية و/أو الاتفاقية الملزمة، والذي قالت بشأنه المحكمة العليا أنه حديث يتعلق بالتسريح لأسباب اقتصادية[[513]](#footnote-514).

هذه الفقرة ضمن 6 مواد بمعدل فقرتين لكل واحدة، تتحدث عن كيفية التسريح التأديبي وضماناته ولا يعقل أن يتم حشر هذه الفقرة لوحدها للحديث عن نوع أخر من التسريح، خصّص له المرسوم التشريعي09/94 المؤرخ في 1994/05/26.

ولعلّ الحل الذي اعتمدته المحكمة العليا بقرار 15/12/2004الذي اعتبر أن الأخطاء المذكورة في المادة 73 هي على سبيل المثال، أحدث هو الآخر صعوبات أخرى في عالم الشغل من خلال ما تضمنه من إمكانية أن يتم تحديد أخطاء جسيمة أخرى في النظام الداخلي.

ومعنى ذلك أن النظام الداخلي وبعد أن يتم عرضه على ممثلي العمال بمقتضى المادة 75 من قانون 11/90، سيصبح ساري المفعول مباشرة بعد وضعه أمام كتابة ضبط المحكمة، ويتحول إلى مصدر أساسي ثاني بعد القاعدة القانونية، يتحتم على القاضي وهو ينظر في سبب التسريح إن وجده خطأً جسيما، أن يحكم بناءا على ذلك التكييف دون أن يكون له حق إعادة تكييف الواقعة على أنها لا تشكل خطأً جسيما !!!

فهل يمكن للقاضي الاجتماعي رفض واقعة محاولة استهلاك سيجارة دون البدأ في إشعالها في مؤسسة تكرير الغاز والبترول على أنها خطأً جسيما، مع العلم أنه تم حسم أمر تكييفها على أنها خطأً جسيما حسب النظام الداخلي؟

فيمكن لهذه الحالة أن تشكل إنقاصا وتعديا على حقوق العمال بحسب المادة 78 من قانون 90/11 التي نصت على أن بنود النظام الداخلي التي تلغي أو تحد من حقوق العمال المقررة بالقانون أو الأنظمة أو الاتفاقيات أو الاتفاقيات الجماعية السارية المفعول تعتبر لاغيه وعديمة الأثر.

فالواقع أن مواد النظام الداخلي من 75 إلى 79 هي بحاجة إلى تعديل وإثراء،بحيث لم يتم اتخاذ موقف تشريعي واضح يشابه ما كان نص المادة 73 من قانون 90/11 يتضمنه بخصوص إعطاء حق تحديد الأخطاء الجسيمة للنظام الداخلي قبل أن يتم تعديلها بالقانون 29/91المؤرخ في 1991/12/21.

فحتى المحكمة العليا في قرارها الذي اعتبرت فيه أن الأخطاء المذكورة في المادة 73 من قانون 90/11 هي على سبيل المثال[[514]](#footnote-515)، دعّم مستشارها المقرر في تعليقه على هذا القرار[[515]](#footnote-516)، بأن هذا الاجتهاد الصادر عن المحكمة العليا هو بمثابة وثيقة وضعت نص المادة 77 الفقرة2 حيز الممارسة والتطبيق تجسيدا لإرادة طرفي علاقة العمل من مستخدمين وممثلي العمال في إطار ما تم تصنيفه من أخطاء مهنية جسيمة مؤدية إلى التسريح حسب خصوصية ونشاط كل عمل وطبيعته ومكوناته.

ومن جانبنا لا نتفق مع ما توصل إليه المستشار المقرر في تعليقه على هذا القرار بأن السند في ذلك هو الفقرة 2 من المادة 77،بحيث يعتبر ذلك تحميل إضافي غير مبرر، فهذه الفقرة ذكرت إمكانية تكييف الأخطاء المهنية وكانت موجودة كفقرة يوم كان النص 73 قبل تعديله ساري المفعول، فهل كان يعتمد على هذه الفقرة يوم كان نص المادة 73 المتعلق بالنظام الداخلي ساري المفعول؟

وهل هذه الفقرة صريحة في إعطاء حق تكييف الأخطاء الجسيمة المؤدية إلى الحرمان من مهلة العطلة ومن التعويض؟

إذن نستخلص أن النظام التأديبي وكما هو منظم بقانون 90/11 في المواد 73 وما يليها هو بحاجة إلى إثراء وتعديل لمواده، وفي هذا الصدد نقترح ما يلي :

1. أن تدرج مادة خاصة بالتسريح الفردي "إرجاع المادة 72 الملغاة من قانون 90\11" دون الجمع بينه وبين التسريح الجماعي المنظم بالمرسوم التشريعي 09/94، وذلك حتى يتسنى لرب العمل أن يجد مرجعية قانونية لإقدامه على التسريح لسبب جدّي وحقيقي، إلا انه لا يرقى لدرجة الخطأ الخطير الذي يجعل من استمرار علاقة العمل أمرا مستحيلا، وبالتالي يكون هذا النوع من التسريح وحده الذي يمكن العامل من مهلة الإخطار والتعويض.
2. أن يتم إعطاء وصف الخطأ الخطير Faute graveللأخطاء التي ذكرتها المادة 73، والتي تحرم العامل من مهلة العطلة ومن التعويض، مع إضافة وصف آخر وهو الخطأ الجسيم Faute lourdeويتعلق بقيام العامل بخطأ يحمل نية الإضرار برب العمل كالحالة المتعلقة بارتكابه عمدا Intentionnellement،أضرارا مادية بآلات العمل أو أية مواد أخرى، وبالتالي يكون لرب العمل الحق في مطالبة العامل بالتعويض إذا اتضح أن هناك نية التعمّد في الإضرار.
3. إعادة صياغة المواد المتعلقة بالنظام الداخلي بشكل يوضح بدقة وظيفة هذا النظام ومدى دوره في تحديد الأخطاء الخطيرة المؤدية إلى فقدان الحق في مهلة العطلة والتعويض، والأخطاء الجسيمة Fautes lourdesالمؤدية إلى إمكانية مطالبة العامل بالتعويض من طرف رب العمل.
4. تكتيف الفقرات القانونية داخل نصوص المواد حسب الحاجة إلى توضيح دقيق لما يقصده المشرّع، من فكرة معينة تتعلق بحق أو التزام لأحد طرفي علاقة العمل.
5. تضمين قانون العمل الجزائري النصوص القانونية الموجودة في قانون العمل الفرنسي، إذا كانت متقاربة في معالجتها لحالات مشابهة، انطلاقا من أن قانون العمل الفرنسي سابق عن قانون العمل الجزائري، وتمّ تطبيقه في نظام رأسمالي، تحاول الجزائر جاهدة رسم معالمه في عالم الشغل الجزائري.
6. تبني موقف واضح من دور المحكمة العليا في تطوير أحكام قانون العمل، وإيجاد حل موحّد للنزاعات المطروحة على المحاكم الجزائرية مثلما هو الحال بالنسبة لمحكمة النقض الفرنسية، مع الحرص على أن يكون مستشارو الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا من المختصين في قانون العمل، ولو كان بالاعتماد على دوي الشهادات العليا في قانون العمل، بصفة حصرية ومؤقتة، للنظر في قضايا الغرفة الاجتماعية لدى المحكمة العليا.
7. إجبارية وضع النظام الداخلي في كل المؤسسات، حتى ولو كانت تشغل أقل من 20 عاملا، حتى تنسجم المادة 76 الخاصة بالنظام الداخلي مع المادة 73 مكرر 2 الخاصة بإجراءات التسريح.

الفهرس

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | | | |
| المقدمــة ............................................................................. | | **01** | |
| الباب الأول  المركز القانوني لطرفي علاقة العمل  والخطأ الموجب لتسريح العامل تأديبيا | | | **07** |
| الفصل الأول: المقصود بالعامل و رب العمل و صور انتهاء العلاقة بينهما | | | **08** |
| المبحث الأول: مفهوم مصطلحي العامل ورب العمل.......................... | | **09** | |
| **المطلب الأول: التعريف بمصطلح العامل الأجير**................................. | | **09** | |
| **الفرع الأول : أن يكون عاملا......................................................**. | | **09** | |
| **الفرع الثاني : أن يكون عاملا أجيرا.................**........................... | | **13** | |
| **الفرع الثالث : أن يكون العمل أجريّا..................**.......................... | | **15** | |
| **المطلب الثاني: التعريف بمصطلح رب العمل**................................... | | **27** | |
| **الفرع الأول : تحديد صفة رب العمل**.......................................... | | **28** | |
| **الفرع الثاني : تعدد المصطلحات التي تفيد نفس المعنى لرب العمل**............... | | **29** | |
| **المطلب الثالث: طبيعة العلاقة بين العامل وصاحب العمل**....................... | | **36** | |
| **الفرع الأول : التبعية القانونية**............................................... | | **37** | |
| **الفرع الثاني: التبعية الاقتصادية**.............................................. | | **42** | |
| المبحث الثاني: الصور المختلفة لإنهاء عقد العمل من جانب المستخدم..... | | **46** | |
| **المطلب الأول: القاعدة العامة في إنهاء المستخدم لعقد العمل**................. | | **47** | |
| **المطلب الثاني: الفرق بين مصطلحات الإنهاء طبقا للقاعدة العامة**.............. | | **50** | |
| **المطلب الثالث: الفسخ القضائي**................................................ | | **52** | |
| **المطلب الرابع: تحديد مكانة الخطأ التأديبي والموجب للتسريح..**.............. | | **56** | |
| الفصل الثاني: الخطـأ الشخصـي الموجب لتسريـح العامـل تأديبيـا | **61** | | |
| المبحث الأول: أنواع الخطأ الموجب للمسائلة القانونية ....................... | | **62** | |
| **المطلب الأول:تقسيم الخطأ الشخصي وفقـا للقواعد العامة**..................... | | **62** | |
| **الفرع الأول: الخطأ العمدي**..................................................... | | **62** | |
| **الفرع الثاني: الخطأ غير العمدي**................................................ | | **67** | |
| البند الأول: الخطأ غير المغتفر La faute inexcusable................... | | **68** | |
| البند الثاني: الخطأ الجسيم La faute lourde ............................. | | **73** | |
| البند الثالث: الخطأ اليسير La faute légère ............................. | | **78** | |
| **الفرع الثالث: موقف المشرّع الجزائري من فكرة الخطأ**............................ | | **80** | |
| **المطلب الثاني: تقسيم الخطأ الشخصي وفقا لقانون العمل الجزائري والمقارن**.. | | **88** | |
| **الفرعالأول: تأصيل الخطأ الشخصي الموجب للتسريح طبقالقانون العقوبات الجزائري** | | **89** | |
| **الفرع الثاني: الأخطاء المذكورة بنص المادة**73 من قانون90/11................. | | **94** | |
| **الفرع الثالث: الحالات الواجب تأكيدها في قانون العمل الجزائري**.................... | | **134** | |
| **الفرع الرابع:الأخطاء المعاقب عليها جزائيا ذات العلاقة بالعمل داخل المؤسسة**....... | | **138** | |
| المبحث الثاني: أساس سلطة توقيع التسريح التأديبي على العامل.......... | | **147** | |
| **المطلب الأول: الأساس التعاقدي**.............................................. | | **147** | |
| **الفرع الأول: المنبع القانوني لسلطة المستخدم**.................................... | | **148** | |
| **الفرع الثاني: نشوء سلطة المستخدم بنشوء المؤسسة**............................. | | **149** | |
| **الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لسلطة رب العمل وموقف القضاء منها**............... | | **150** | |
| البند الأول :الطبيعة القانونية لسلطة رب العمل ومبرراتها القضائية.......... | | **151** | |
| البند الثاني :انتقاد المبررات القضائية لسلطة رب العمل..................... | | **154** | |
| **المطلب الثاني: الأساس اللائحي أو التنظيمي**.................................. | | **162** | |
| **الفرع الأول: إجبارية أو جوازية وضع النظام الداخلي**.............................. | | **163** | |
| **الفرع الثاني: دور النظام الداخلي في تأسيس سلطة رب العمل**....................... | | **164** | |
| **الفرع الثالث: دراسة نقدية للنصوص القانونية المنظمة للنظام الداخلي.**............... | | **165** | |
|  | |  | |
| **الباب الثاني**  **قيود التسريح التأديبي لخطأ شخصي و آثاره** | | **176** | |
| الفصل الأول: قيود التسريح التأديبي لخطأ شخصي | | **177** | |
| المبحث الأول:الشروط الموضوعية للتسريح التأديبي ووسائل القاضي في معرفةالتعسّف ................................................................. | | **178** | |
| **المطلب الأول : الشروط الموضوعية للتسريح التأديبي** ........................ | | **178** | |
| **الفرع الأول: الشروطالواردة في المادة 73 من قانون 90/11**.................. | | **178** | |
| **الفرع الثاني: شروط مواد القانونين 90/02، 90/14**........................... | | **181** | |
| **المطلب الثاني: وسائل القاضي في معرفة مدى وجود التعسّف في قرار التسريح**....................................................................... | | **185** | |
| **الفرع الأول: معيار التعسف وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية**..................... | | **185** | |
| البند الأول: الأصول التي يقوم عليها معيار التعسف في الشريعة الإسلامية..... | | **186** | |
| البند الثاني: صور التعسّف وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية................... | | **190** | |
| البند الثالث : القواعد الشرعية في تطبيق معيار التعسف..................... | | **194** | |
| **الفرع الثاني : التعسّف في الحق وفقا لأحكام القانون المدني المقارن** ............ | | **197** | |
| البند الأول : معايير التعسف وفقا لأحكام القانون المدني.................... | | **197** | |
| البند الثاني : تطبيق معايير التعسف في إنهاء علاقة العمل................... | | **201** | |
| البند الثالث: أمثلة تطبيقية لبعض الأنظمة الداخلية في تحديد الخطأ الجسيم....... | | **208** | |
| **الفرع الثالث : سلطة القاضي التقديرية في معرفة التعسّف**...................... | | **217** | |
| **الفرع الرابع : موقف المحكمة العليا من التعسّف في التسريح**................... | | **220** | |
| المبحث الثاني : الشروط الشكلية للتسريح التأديبي وموقف المحكمة العليا. | | **232** | |
| **المطلب الأول : التبليغ الكتابي لقرار التسريح**................................. | | **232** | |
| **المطلب الثاني : السماع للعامل المعني بالتسريح**............................... | | **237** | |
| **المطلب الثالث :تبليغ قرار التسريح** .......................................... | | **239** | |
| **المطلب الرابع : موقف المحكمة العليا من الإجراءات الشكلية للتسريح التأديبي**..................................................... | | **250** | |
| المبحث الثالث : الشروط المطبقة على فئات عمالية خاصة................ | | **257** | |
| **المطلب لأول: نظام التسريح المطبق على مسيّري المؤسسات**................... | | **257** | |
| **المطلب الثاني: نظام التسريح المطبق على العمال المنتمون لنظام حمائي خاص**.......................................................................... | | **264** | |
| الفصل الثاني: آثار التسريح التأديبي لخطأ شخصي | **271** | | |
| المبحث الأول: مهلة العطلة والتعويضات...................................... | | **272** | |
| **المطلب الأول: نظام مهلة العطلة**............................................... | | **273** | |
| **الفرع الأول: الطابع المتصل لمدة مهلة العطلةLe caractère préfix du préavis** | | **274** | |
| **الفرع الثاني: وضعية طرفي علاقة العمل أثناء مهلة العطلة.**..................... | | **275** | |
| **المطلب الثاني: نظام التعويضات** ............................................. | | **279** | |
| **المطلب الثالث: موقف المحكمة العليا من التعويض عن التسريح التأديبي**.... | | **285** | |
| المبحث الثاني: تسليم شهادة العمل........................................... | | **288** | |
| **المطلب الأول: الشروط الواجب توفرها في شهادة العمل** .................... | | **288** | |
| **المطلب الثاني: موقف المحكمة العليا من شهادة العمل التي تسلم للعامل**..... | | **293** | |
| المبحث الثالث: التعويض عن التسريح التأديبي التعسّفي.................... | | **296** | |
| **المطلب الأول: ماهية التعويض عن الإنهاء التعسّفي، وتمييزه عن التعويضات الأخرى**................................................................................... | | **296** | |
| **المطلب الثاني: تقدير التعويض عن الإنهاء التعسّفي**.......................... | | **301** | |
| الخاتمة.................................................................................. | | **305** | |
| الفهرس............................................................................... | | **314** | |
| قائمة المراجع | |  | |

قائمة المراجع

**أولا: باللغة العربية**

**1) الكتب العامة:**

* الدكتور أحمد عبد اللطيف: الخطأ غير العمدي في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية –دراسة تأصيلية تحليلية- دار النهضة العربية، طبعة 2004.
* الدكتور علي علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، المسؤولية عن فعل الغير، المسؤولية عن فعل الأشياء –التعويض- ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة 1994.
* الدكتور علي علي سليمان: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 1992.
* الدكتور محفوظ لعشب: دراسات في القانون الاقتصادي، المطبعة الرسمية.
* الدكتور محمد جلال حمزة: العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام القواعد العامة-القواعد الخاصة، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري و القانون المدني الفرنسي، ديوان المطبوعات الجامعية 1986.
* الدكتور محمد حسنين: الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات و أحكامها في القانون المدني الجزائري، بدون تاريخ الطبعة.
* الدكتور مصطفى العوجي: المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، طبعة 1982، مؤسسة نوفل، بيروت، لبنان.
* الدكتور نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية –دراسة تحليلية وتطبيقية-
* الدكتورة هدى حامد قشقوش: شرح قانون العقوبات القسم الخاص/جرائم الاعتداء على الأموال، دار النهضة العربية، طبعة 2006.

**2) الكتب المتخصصة:**

* الدكتور أحمد حسن البرعي: الوجيز في قانون العمل، دار النهضة العربية، طبعة 1996.
* الدكتور أحمد حسن البرعي: الوسيط في القانون الاجتماعي، الجزء2 شرح عقد العمل الفردي، دار النهضة العربية، طبعة 2003.
* الدكتور أحمد شوقي عبد الرحمن: الخطأ الجسيم للعامل و أثره على حقوقه الواردة في قانون العمل، طبعة 1979.
* الدكتور أحمد عبد التواب محمد بهجت: دروس في القانون الاجتماعي، الجزء1 إبرام عقد العمل الفردي، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 2007.
* الدكتور أحمية سليمان: التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، 10/92.
* الدكتور أحمية سليمان: التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 1998.
* الدكتور أحمية سليمان: التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، الجزء2 علاقة العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2002.
* الدكتور أخنوخ إبراهيم زكي: شرح قانون العمل الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 1988.
* الدكتور السيد محمد السيد عمران: الفصل لفقدان الثقة، مؤسسة الثقافة الجامعية 1990.
* الدكتور جلال مصطفى القريشي: شرح قانون العمل الجزائري، الجزء1 علاقات العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية 1984.
* الدكتور حسام الدين كامل الاهواني: شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، طبعة 1991.
* الدكتور حسن كبيره: أصول قانون العمل، عقد العمل، الطبعة الثالثة 1983.
* الدكتور راشد راشد: شرح علاقات العمل الفردية و الجماعية في ضوء التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 1991.
* الدكتور رمضان جمال كامل: الوسيط في شرح قانون العمل الجديد لسنة 2003، دار الألفى بالمنيا 2003.
* الدكتور رمضان عبد الله صابر: السلطة التنظيمية لصاحب العمل داخل المنشأة، دار النهضة العربية، 2004.
* الدكتور سعيد عبد السلام: الوسيط في قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية 2003.
* الدكتور سليمان بدري الناصري: قانون العمل دراسة مقارنة: المكتب الجامعي الحديث، طبعة 2005.
* الدكتور صلاح محمد أحمد دياب: التزام العامل بالأمانة و الإخلاص في علاقات العمل الفردية، دار النهضة العربية، طبعة 2007.
* الدكتور صلاح محمد دياب: الوسيط في شرح أحكام قانون العمل و التأمينات الاجتماعية، دار النهضة العربية، طبعة 2002.
* الدكتور عبد الباسط عبد المحسن: الإضراب في قانون العمل: المشروعية، الآثار القانونية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ الطبعة.
* الدكتور عبد الحميد عثمان محمد: الإنهاء التعسفي لعقد العمل، جامعة أسيوط، طبعة 1423 هـ.
* الدكتور عبد الله مبروك النجار: مبادئ تشريع العمل، دار النهضة العربية 2004.
* الدكتور علي عمارة: قانون العمل الجديد، دار الاتحاد للطباعة 2005.
* الدكتور علي عوض حسن: الوجيز في شرح قانون العمل الجديد، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، طبعة 2003.
* الدكتور محمد السعيد رشدي: الخطأ الجسيم الذي يبرر فصل العامل، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 1999.
* الدكتور محمد الصغير بعلي: تشريع العمل في الجزائر، الجزائر 1995.
* الدكتور محمد حسني منصور: قانون العمل، دار الجامعة الجديدة بمصر، طبعة 2007.
* الدكتور محمد حلمي مراد: قانون العمل، الطبعة الثالثة 1955.
* الدكتور محمد عبد القادر الحاج: شرح قانون العمل اليمني الجديد، دار الشوكاني للطباعة، طبعة 2003.
* الدكتور محمود سلامة جبر: الإنهاء التعسفي لعقد العمل، دراسة مقارنة، مطبعة أبناء وهبة حسين، الطبعة الأولى 2004.
* الدكتور همام محمد محمود زهران: قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار الجامعة الجديدة بمصر، طبعة 2007.
* الدكتور هيثم حامد المصاروه: عقد العمل الفردي في القانون الليبي، مطبعة جامعة عمر المختار، الطبعة الأولى 2002.
* الدكتورة فاطمة محمد الرزاز: شرح قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية، طبعة 2004.
* الدكتورة نبيلة زين: قضايا العمال 1992-1994، مؤسسة جواد للطباعة والتصوير، بيروت –لبنان- بدون تاريخ الطبعة.
* الدكتورعبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأحكام العامة لعقد العمل الفردي، الخصائص، الآثار، الانقضاء، طبعة 2004.
* المحامي بيار اميل طوبيا: الدليل العملي في قضايا الصرف التعسفي، الجزء1 صرف العمال و المستخدمين، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 2003.
* المستشار عبد السلام ذيب: قانون العمل الجزائري والتحولات الاقتصادية، دار القصبة للنشر، طبعة 2003.

**3) المقالات و البحوث المتخصصة:**

* ليلى حمدان/بولنوار مليكة: التسريح الفردي لسبب غير اقتصادي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاجتماعية و السياسية، العدد 1/1996.
* المستشار بالمحكمة العليا عمارة نعرورة: محاضرة حول علاقات العمل، مجلة القضاة الصادرة عن وزارة العدل 1995.
* المستشارة بالمحكمة العليا زهية إسعد: تعليق على قرار رقم 182539 المؤرخ في 18/01/2000 المتضمن التسريح غير القانوني – رفض المستخدم إرجاع العامل، الامتيازات المكتسبة المادة 73/04 من قانون 90/11 المعدل و المتمم، المجلة القضائية العدد 2/2001.
* المستشارة بمحكمة الرباط مليكة المزدالي: القواعد القانونية المنظمة للفسخ التعسّفي والآثار المترتبة عن ذلك، بحث مقدم في إطار الندوة الثانية للقضاء الاجتماعي بالرباط يومي 25-26/02/1992.

**4) المجلات القضائية:**

* المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول و الثاني/1994.
* المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول/1996.
* المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول/1999.
* المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني/2001.
* المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني/2001.
* المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني/2004.
* المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني/2005.
* مجموعة قرارات منشورة على الموقع الرسمي للمحكمة العليا ومشار إلى تاريخها في هوامش الرسالة.

**5) الرسائل الجامعية:**

* الإنهاء التعسفي لعقد العمل –دراسة مقارنة-: رسالة دكتوراه قدمت من طرف دنيا مباركة، جامعة عين شمس، كلية الحقوق 1987.
* إنهاء و تعديل عقد العمل غير محدد المدة: رسالة دكتوراه مقدمة من طرف شواخ محمد الأحمد، جامعة القاهرة، كلية الحقوق 1997.
* سلطة صاحب العمل في إدارة منشآته –دراسة مقارنة-: رسالة دكتوراه مقدمة من محمد عبد الفتاح علي محمد، جامعة القاهرة، كلية الحقوق 2005.
* عقد العمل –دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون-: رسالة دكتوراه مقدمة من نادرة محمود محمد سالم، جامعة القاهرة، كلية الحقوق 1988.
* الفصل التأديبي في قانون العمل –دراسة مقارنة-: رسالة دكتوراه مقدمة من علي عوض حسن، جامعة القاهرة، 1974.
* المسؤولية المدنية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات المترتبة على عقد العمل: رسالة ماجستير مقدمة من طرف سعد السعيد المصري، جامعة القاهرة، كلية الحقوق 1987.

**6) النصوص القانونية والمراسيم:**

**أ- الدساتير:**

* الدستور الجزائري لسنة 1996، موجود في الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرّخة في 08/12/1996، المعدّل بالقانون رقم 02/03 المؤرّخ في 10/04/2002 في الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرّخة في 14/04/2002، وبالقانون رقم 08/19 المؤرّخ في 15/11/2008 في الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرّخة في 16/11/2008.

**ب- القــــوانين:**

* القانون رقم 78/12 المؤرخ في 05/08/1978 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل، الجريدة الرسمية رقم 32 لسنة 1978، ص724.
* القانون رقم 82/06 المؤرخ في 27/02/1982 يتعلق بعلاقات العمل الفردية، الجريدة الرسمية رقم 09 لسنة 1982، ص457.
* القانون رقم 88/03 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بصناديق المساهمة، الجريدة الرسمية رقم 01 لسنة 1988.
* القانون رقم 90/02 المؤرخ في 06/02/1990 المعدل و المتمم، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها و ممارسة حق الإضراب، الجريدة الرسمية رقم 06 لسنة 1990، ص200.
* القانون رقم 90/04 المؤرخ في 06/02/1990 المعدل و المتمم، المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، الجريدة الرسمية رقم 06 لسنة 1990، ص208.
* القانون رقم 90/11 المؤرخ في 21/04/1990 المعدل و المتمم، المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية رقم 17 لسنة 1991، ص488.
* القانون رقم 90/14 المؤرخ في 02/06/1990 المعدل و المتمم، المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، الجريدة الرسمية رقم 23 لسنة 1990، ص663.
* القانون رقم 91/29 المؤرخ في 21/12/1991 يعدل و يتمم القانون رقم 90/11 المؤرخ في 21/04/1990 المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية رقم 68 لسنة 1991، ص2167.
* القانون رقم 08/09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

**ج- الأوامــــر:**

* الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، خاصة بالقانون 88/26 المؤرخ في 12/07/1988.
* الأمر رقم 71/74 المؤرخ في 16/11/1971 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، الجريدة الرسمية رقم 101 لسنة 1971، ص1736.
* الأمر رقم 75/23 المؤرخ في 29/04/1975 المتعلق بالقانون الأساسي النموذجي للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي، الجريدة الرسمية رقم 38 لسنة 1975، ص510.
* الأمر رقم 75/31 المؤرخ في 29/04/1975 المتعلق بظروف العمل في القطاع الخاص، الجريدة الرسمية رقم 39 لسنة 1975، ص527.
* الأمر رقم 75/59 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمّم، الجريدة الرسمية رقم 37/1975.
* الأمر رقم 96/21 المؤرخ في 09/07/1996 يعدل ويتمم القانون رقم 90/11 المؤرخ في 21/04/1990 المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية رقم 17 لسنة 1996.

**د- المراسيم التشريعية و التنفيذية:**

* المرسوم التشريعي رقم 94/09 المؤرخ في 26/05/1994 المتعلق بالحفاظ على الشغل وحماية الأجراء الذين قد يفقدون عملهم بصفة لا إرادية، الجريدة الرسمية رقم 34 لسنة 1994.
* المرسوم التشريعي رقم 94/11 المؤرخ في 26/05/1994 المتعلق بالتأمين عن البطالة لفائدة الأجراء الذين قد يفقدون عملهم بصفة لا إرادية لأسباب اقتصادية، الجريدة الرسمية رقم 34 لسنة 1994.
* المرسوم التنفيذي رقم 90/290 المؤرخ في 29/09/1990 المتعلق بالنظام الخاص بمسيري المؤسسات، الجريدة الرسمية رقم 42 لسنة 1990.

**ثانيا: باللغة الفرنسية**

**I) Ouvrages généraux :**

* Dictionnaire Encyclopédique, Larousse Bordas/HER 2000.
* Georges FRIDMAN et Jean René TREANTON:Traité de sociologie publié sous la direction de Georges CURIVITCH, 3ème édition revue et mise à jour en 1967, sociologie du syndicalisme de l’Autogestion Ouvrière et des conflits du travail.
* Jean Paul ANTONA:Les relations de l’employeur avec l’inspecteur du travail، édition Dalloz, Novembre 1991.
* Jean-Luc KOHEIL:Droit du travail et droit social, Avril 1994.
* Les orientations sociales du droit contemporain، textes réunis et publiés par Pierre Courrat, écrits en l’honneur de Jean Savatier, 1ère édition, Juin 1992.
* Procédure prud’homale, oralité et contradiction. Conseil supérieur de la prud’homie. Octobre 1993, 4ème trimestre.

**II) Ouvrages Spéciaux :**

* Alain CHIREZ, Luc GASTALDI:Droit du travail, Publications du moniteur. Paris 1993.
* Amoura Aumar: Droit du travail et doit social, guide pratique, édition et/tarif 2002.
* Antoine MAZEAUD: Droit du travail, Octobre 1998.
* Bernadette Lardy- Pélinier, Jean pélinier, Agnès Roset, lysiane Tholy, le code du travail annoté, 26ème édition 2006.
* Denis GATUMEL:Le droit du travail en France, 4ème édition mise à jour au 1er Août 1993.
* Droit du travail annoté édition 2006.
* Frédérie Lérôme Pannier:Droit du travail, relations individuelles et collectives 3ème édition 2003.
* G.H.CAMERLYNCK et Gérard Lyon CAEN: Précis de droit travail, jurisprudence générale, Dalloz, 6èmeédition 1973.
* Gérard COUTURIER:Les relations individuelles de travail, 2ème édition mise à jour Mars 1993.
* Gérard Lyon CAEN, Jean PELISSIER: Les grands arrêts du droit du travail، 2ème édition, Serey, Paris 1980.
* Gérard Lyon CAEN, Jean PELISSIER, Alain SUPIOT:Droit du travail, 17ème édition, Dalloz, Octobre 1994.
* Gury POULIN:Les contrats de travail à durée déterminée, 2ème édition, Litec, Février 1994.
* Jacques GHESTIN, Philippe LANGLOIS: Cours élémentaire -droit- économie،droit du travail, 4èmetrimestre 1977.
* Jean Claude JAVILLIER :Manuel droit du travail, 4ème édition.
* Jean Emmanuel RAY, Paul MONSERON:Droit du travail, Droit vivant, 2ème édition Septembre 1992.
* Jean Maurice VERDIER: Droit du travail, 10ème édition, Dalloz 1996.
* Jean Paul ANTONA, Richard BRUNOIS:Résilier au mieux un contrat de travail, licenciement, démission, départ à la retraite, cas particuliers de résiliation, édition du Moniteur, Mars 1990.
* Jean RIVERO et Jean SAVATIER :Droit du travail, 6ème édition,1er trimestre 1975, Imprimerie Universitaires de France
* Jean RIVERO et Jean SAVATIER: Droit du travail, 12ème édition mise à jour Mars 1991.
* Lamy SOCIAL :Droit du travail, charges sociales, 1999.
* Lamy SOCIAL :Droit du travail, droit de la sécurité sociale, édition Mars 1984.
* Lamy SOCIAL : Droit du travail، la relation salariale, sécurité sociale, l’entreprise et la couverture sociale de ses salariés, 1995.
* Liaisons Sociales, Mémo Social:Travail -emploi- sécurité sociale –retraite, édition 1999.
* Menaoud Mertin:Essai d’analyse de la législation et de la réglementation du travail en Algérie, office des publications universitaires, Alger 11/86.
* Mohamed BOUSSOUMAH: L’entreprise Socialiste en Algérie, Office des publications universitaires 1982.
* Nasri HAFNAOUI :La formation et la cessation de la relation de travail en droit positif Algérien, édition 1992.
* Natbalie Louil – Martino:L’évolution contemporaine du droit des contrats de travail à durés limitée presse universitaires d’Aix Marseille, édition 2003.
* Olirier Chénedé et Dominique Jourdau: Contrat de travail, du recrutement à la rupture, 5ème édition, 2003.
* Paul Lenri Antonaltel, Alani Chesillard, Philippe Coursier, Denis Gatumel:Travaux dirigés de doit du travail, 2ème édition، 1996.
* Philippe le toumeau: Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2004.
* Pierre DOMINIQUE et Ollier :Droit du travail, 2ème trimestre 1972.
* Rapports de séminaires de questions sociales étables par les élèves de la promotion Antoine de Saint-Exupéry، sous la direction de Valérie de Lahaye, Politiques de lutte contre le chômage et l’exclusion et mutations de l’action sociale, les travaux des séminaires qui se sont déroulés entre Féviers et Mai 1993.
* Tayeb BELLOULA :Droit du travail، édition Dahlab 1994.
* Tayeb et Djamel BELLOULA:Rupture de la relation de travail, édition Dahlab 1999.
* Yves DELAMOTTE:Le droit du travail en pratique, les éditions d’organisation, 2004.
* Yves DELAMOTTE:Le droit du travail en pratique, les éditions d’organisation, 1984.

**III) Articles :**

* D/ Professeur Leila Hamdane: Le Bureau de conciliation, Une institution à reconsidérer. [www.Elwatan.com/ la](http://www.Elwatan.com/%20la) revue de presse. posté le 02/04/2007.
* Bernadac : Licenciement des salariés protégés, précisions sur la charge de la preuve revue de droit social, N°6/2002.
* Bernard Adell: Revue internationale du travail, Vol 132, 1993, N°5-6.
* Christophe Radé: A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l’employeur, critique d’une jurisprudence hérétique, droit social, N°1, Janvier 1999.
* Conditions de licéité d’un licenciement pour port du voile islamique par Jean Savatier, revue de droit social N°4/2004.
* Emily Sins : Décisions judiciaires en matière de licenciement، revue internationale du travail, Vol 134, N°6, 1995.
* Gérard Conturier: L’impossibilité de réintégrer, droit social, N°4/2004.
* Gérard Lyon Caen : En guise de conclusion, la transition d’une situation à une autre en droit du travail, revue internationale du travail, Vol 135, N°6, 1996.
* Jane Aelerlard-hrodjes : Le barcèlement sexuel sur les lieux de travail, jurisprudence récente revue internationale du travail, vol 135, N°5/1996.
* Jean Maurice Verdier:Rétractation de l’autorisation administrative du licenciement d’un salarié protégé، nouveau progrès de la logique du statut، revue de droit social, N°7/8-2002.
* Jurisprudence sociale 1999/2000, éditions liaisons، 2000.
* Le juge des référés et la réquisition des grévistes: Christophe radé, Droit social, N°6/2003.
* Mark Freedland: Evaluation du travail individuel et pratiques disciplinaires, comment prévenir les abus ? revue internationale du travail, Vol 132, N°4, 1993.
* Revue Algérienne du travail : édition nationale du travail 98.
* Revue de droit social : « France » N°5/2006.
* Revue de droit social : « France » N°12/2001.
* Revue de droit social : « France » N°12/2006.
* Revue de droit social : « France » N°3/2005.
* Revue de droit social : « France » N°9-10/2005.
* Revue de jurisprudence sociale : « France » N°3/2006.
* Revue Française de gestion, dossier de la théorie des conventions en pratique, fondation nationale pour l’enseignement de la gestion des entreprises, N°112, Janvier-Février 1997.
* Revue Française sociale XXXIX3, 1998.

**IV) Lois et décret d’application :**

* Code du travail Français، nouvelle édition 2000, complète et parfaitement à jour, Prat éditions.

**V) Thèses:**

* D/ Leila Hamdan Borsali :Réflexions sur la notion de faute en droit civil algérien, Thèse pour le doctorat d’état, Droit privé, Université d’Oran, Es-Senia, 1990.

تـمّــــــــــت

بـحـمــــــــــد

اللــــــــه.

1. - أنظر د/أحمد عبد التواب محمد بهجت: دروس في القانون الاجتماعي، الجزء الأول إبرام عقد العمل الفردي على ضوء قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 2007. [↑](#footnote-ref-2)
2. - Voir: Gérard Lyon Caen : Droit du travail, édition 4, Dalloz 1988, P 187. [↑](#footnote-ref-3)
3. - أنظر د/حسن كيره، أصول قانون العمل، عقد العمل، الطبعة 3، 1971. [↑](#footnote-ref-4)
4. - ما كان يعرف سابقا بدول المعسكر الشرقي كألمانيا الشرقية وبولونيا والمجر ويوغوسلافيا ودول أخرى في قارات أخرى كالفيتنام و كوريا الشمالية وكوبا، إضافة إلى بعض الدول العربية كمصر والعراق وسوريا وليبيا، مع اختلاف كل دولة في تناغم مجتمعها مع هذه الأفكار وتقبّله لها. [↑](#footnote-ref-5)
5. - أصبحت الجزائر منذ احتلال عام 1830 من قبل فرنسا، تابعة لها كأي ولاية فرنسية أخرى. [↑](#footnote-ref-6)
6. - كانت المادة 1/ف1 من القانون الأساسي العام للعامل تنص على: "يهدف هذا القانون إلى تحديد القانون الأساسي العام للعامل وفقا لما جاء في الميثاق الوطني والدستور، يعتبر عاملا كل شخص يعيش من حاصل عمله اليدوي أو الفكري ولا يستخدم لمصلحته الخاصة غيره من العمال أثناء ممارسة نشاطه المهني..." [↑](#footnote-ref-7)
7. - Voir : Durand, droit du travail, 1957, N°155, p 276. [↑](#footnote-ref-8)
8. - أنظر د/علي عوض حسن: الوجيز في شرح قانون العمل الجديد، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية 2003. [↑](#footnote-ref-9)
9. - أنظر د/حسن كبيرة: سابق الإشارة إليه، ص55، و في نفس السياق د/جمال الدين زكي، سابق الإشارة إليه، ص60. [↑](#footnote-ref-10)
10. - أنظر د/أحمد عبد التواب بهجت: سابق الإشارة إليه، ص 41. [↑](#footnote-ref-11)
11. - وهي مجموعة كاملة من النصوص الشرعية وضعتها لجنة مؤلفة من ناظر وأعضاء ديوان الأحكام العدلية وبعض أعضاء شورى الدولة ومفتش الأوقاف في الدولة وذلك لكي تطبق في مجال المعاملات الشرعية في جميع أقطار الدولة العثمانية، وهذه النصوص مأخوذة على أرجح الأقوال في مذهب الإمام أبي حنيفة مع الاستهداء ببعض المبادئ التي أقرها جمهور الفقهاء في المذاهب الأخرى. [↑](#footnote-ref-12)
12. - مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان قام بتأليفه محمد باشا قدري في صورة مواد في المعاملات الشرعية على مذهب أبي حنيفة النعمان وبما يلاءم عرف الديار المصرية وسائر الأمم الإسلامية، وقد قررت نظارة المعارف العمومية بتاريخ 10 سبتمبر 1890 طبعه وتدريسه بالمدارس الأميرية وذلك بعد موافقة مفتي الديار المصرية عليه، وطبع منه ثلاث طبعات كان أخرها سنة 1909. [↑](#footnote-ref-13)
13. - عرّف قانون العمل السعودي العامل بأنه "كل شخص يعمل لمصلحة صاحب العمل و تحت إدارته أو إشرافه ولو كان بعيدا عن نظارته مقابل أجر" المادة 7 فقرة 7 من نظام العمل والعمال الصادر بتاريخ 23/08/1989، مشار إليه في شرح قانون العامل للدكتور علي عوض حسن: سابق الإشارة إليه. [↑](#footnote-ref-14)
14. - أنظر د/أحمد حسن البرعي: الوسيط في القانون الاجتماعي، الجزء الثاني، شرح عقد العمل الفردي وفقا أحكام القانون 12 لسنة 2003، دار النهضة العربية، ص122. [↑](#footnote-ref-15)
15. - أنظر د/حسن كبيرة: سابق الإشارة إليه، ص105. [↑](#footnote-ref-16)
16. - قانون 90/11 المتضمن علاقات العمل. [↑](#footnote-ref-17)
17. - السن القانونية للعمل كانت محل اتفاقية دولية لمنظمة العمل الدولية O.I.T صادقت عليها الجزائر في 03/09/1983 بالمرسوم 83/518، وهي الاتفاقية التي صدرت عن الدورة العامة لمنظمة العمل الدولية في 26/06/1973، الجريدة الرسمية رقم 37 المؤرخة في 06/09/1983، ص 1482. [↑](#footnote-ref-18)
18. - أنظر د/محمد حسين منصور: قانون العمل، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2007 ص 68. [↑](#footnote-ref-19)
19. - المادة 4 من قانون العمل المصري مشار إليها في كتاب د/ محمد حسين منصور:سابق الإشارة إليه، ص47. [↑](#footnote-ref-20)
20. - انظر د/أحمد عبد التواب محمد بهجت: دروس في القانون الاجتماعي، سابق الإشارة إليه، ص 76. [↑](#footnote-ref-21)
21. - ونحن لا نتفق مع هذا التحليل على اعتبار أنّ القطاع الخاص شهد ولا زال يشهد تطورا هائلا في تحريك عجلة الاقتصاد وإن كانت هناك فروقات بينه وبين القطاع العام فيما يخص حقوق العمال، فتلك المقدمة من طرف الشركات الخاصة قد تكون أفضل بكثير من تلك التي تقدمها الدولة لموظفيها. [↑](#footnote-ref-22)
22. - صدر نظام نوعي خاص بمسيري المؤسسات تمثل في المرسوم التنفيذي رقم 90/290 المؤرخ في 29/09/1990 المتعلق بالنظام الخاص بعلاقات العمل لمسيري المؤسسات. [↑](#footnote-ref-23)
23. - انظر كتاب د/ ممدوح محمد خيري هاشم المسلم: العمل عن بعـد في القانون المدني، دار النهضة العربية طبعة 2004، ص16. [↑](#footnote-ref-24)
24. - تقرير مقدم إلى المؤتمر الدولي الخامس عشر لخبراء إحصاءات العمل، جنيف 1993 ومشار إليه أيضا في التقرير الخامس لمؤتمر العمل الدولي، الدورة82/1995 مشار إليها في كتاب العمل عن بعد للدكتور ممدوح خيري هاشم المسلم/ سابق الإشارة إليه. [↑](#footnote-ref-25)
25. - Lamy social 1995, droit du travail, sécurité sociale, P 2739. [↑](#footnote-ref-26)
26. - Article 751/13: «Les personnes exerçant la représentation dans les conditions prévues par le présent titre sont tenues، quelle que soit la clientèle visitée, d’être en possession d’une carte d’identité professionnelle de représentant ». [↑](#footnote-ref-27)
27. - راجع هذا المرسوم في الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 24 /2008، ص 13. [↑](#footnote-ref-28)
28. - تنص المادة 4 من هذا المرسوم، على " بغض النظر عن أحكام المادة 28 من القانون 90/ 07 المؤرخ 03/04/90 المتعلق بالإعلام المعدل، يقصد في مفهوم أحكام هذا المرسوم بما يأتي : - جهاز الصحافة : كل نشرية أو وسيلة إعلامية سمعية بصرية أو الكترونية وظيفتها الأساسية جمع الخبر ونشره. - الأنشطة الصحفية: كل الأنشطة التي تهدف إلى البحث عن الأخبار اليومية أو الدورية وجمعها وانتقائها واستغلالها وتقديمها، والموجهة للتوزيع و البث العمومي مهما كانت الدعامة الإعلامية المستعملة لهذا الغرض والتي تمارس داخل التراب الوطني أو بالخارج من طرف مراسل أو مبعوث خاص.

    - معاون الصحافة : كل عون يشغل منصبا يتمثل في القيام بأعمال لا تنفصل عن الأنشطة الصحفية التي ترتبط مباشرة بالتحرير.

    - صحفي مستقل: كل صحفي يتصرف بصفته عاملا مستقلا يعمل لحسابه الخاص ويقدم خدماته لفائدة أجهزة الصحافة حسب الشروط المحددة بموجب اتفاقيات". [↑](#footnote-ref-29)
29. - تنص المادة 21 من هذا المرسوم على " يخضع تعليق وإنهاء علاقة العمل للتشريع والتنظيم المعمول بهما." وتنص المادة 22 على " بغض النظر عن الأحكام التشريعية المعمول بها والمتعلقة بتعليق علاقة العمل، لا يمكن إعادة إدماج الصحفي الذي تعرض لحكم نهائي مخل بالشرف، في منصب عمله، عند انقضاء مدة التعليق" [↑](#footnote-ref-30)
30. - Art 761/2 « Le journaliste professionnel est celui qui a pour occupation principale, régulière et rétribuée, l’exercice de sa profession dans une ou plusieurs publications quotidiennes ou périodiques ou dans une ou plusieurs agences de presse et qui en tire le principal de ses ressources ». [↑](#footnote-ref-31)
31. - Cour de cassation, chambre sociale 24/03/1994, N°91-18-625, prise de lamy social 1995, P 1261. [↑](#footnote-ref-32)
32. - Cour de cassation, chambre sociale, 05/11/1987, N°85-40-273. [↑](#footnote-ref-33)
33. - Article 762-1 du code du travail « tout contrat par lequel une personne physique ou morale s’assure, moyennant rémunération, le concours d’un artiste du spectacle en vue de sa production, est présumé être un contrat de travail des lors que cet artiste n’exerce pas l’activité, objet de ce contrat, dans des conditions impliquant son inscription au registre du commerce ». [↑](#footnote-ref-34)
34. - Article 762/1 Alenia 3 du code du travail «sont considéré, comme artistes du spectacle، notamment l’artisteiyrique, l’artiste de variétés, le musicien, le chansonnier, l’artiste de complément, pour l’exécution matérielle de sa conception artistique, le metteur en scène ». [↑](#footnote-ref-35)
35. - L’adverbe « notamment » implique que cette liste n’est pas limitative : aussi la jurisprudence considère telle comme artiste de spectacle, le sportif, le catcheur, le dompteur de cirque… etc, pour plus de détails sur cette question، voir Lamy social 1995, p 1308, déjà citée. [↑](#footnote-ref-36)
36. - أنظر د/محمود جمال الدين زكي: عقد العمل في القانون المصري، طبعة 1956، ص16. [↑](#footnote-ref-37)
37. - أنظر د/سعد عبد السلام حبيب: شرح عقد العمل في القانون الموحد، طبعة 1959، ص40. [↑](#footnote-ref-38)
38. - أنظر د/محمود جمال الدين زكي: عقد العمل في القانون المصري، طبعة 1956، ص30. [↑](#footnote-ref-39)
39. - أنظر د/محمد حلمي مراد: قانون العمل، الطبعة الثالثة 1955 الفقرة 1993. [↑](#footnote-ref-40)
40. - انظر د/ علي عمارة: قانون العمل الجديد، الطبعة الثالثة 2005، ص 88. [↑](#footnote-ref-41)
41. -Citée par Philippe Langlois : le pouvoir patronal, droit social, numéro spécial N°1 janvier 1982, p83. [↑](#footnote-ref-42)
42. - Voir Jean Maurice Verdier: Droit du travail, 10ème édition Dalloz 1996, P 243. [↑](#footnote-ref-43)
43. - انظر د/أحمد عبد التواب محمد بهجت: ص102، سابق الإشارة إليه. [↑](#footnote-ref-44)
44. - شركات المساهمة هي الشركات التي يتجزأ رأسمالها إلى أسهم، بحسب المادة 592 من المرسوم التشريعي رقم 93/08 المؤرخ في 25/04/1993 المعدل و المتمم للأمر 75/59 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، والتي تنص على: "شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم. ولا يمكن أن يقل عدد الشركاء عن سبعة (7). ولا يطبق الشرط المذكور في المقطع 2 أعلاه على الشركات ذات رؤوس أموال عمومية". [↑](#footnote-ref-45)
45. - هذا رأي شخصي نريد أن نوضّح من خلاله، أن المشرع الجزائري تردد كثيرا في التخلي عمّا كان موجودا من مبادئ في القانون الأساسي العام للعامل التي كانت تتضمن الكثير من أنواع الحماية المعطاة للعامل الأجير، ومن جانب آخر محاولة تكريس ثقافة التعاقد بين طرفي علاقة العمل عن طريق استعمال مصطلح عقد العمل عوض علاقة العمل. [↑](#footnote-ref-46)
46. - انظر د/أحمية سليمان: التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية، الجزء 2، ديوان المطبوعات الجامعية 1998، ص 33. [↑](#footnote-ref-47)
47. - نفس الكتاب، ص34. [↑](#footnote-ref-48)
48. - أنظر د/رمضان جمال كامل: الوسيط في شرح قانون العمل الجديد، دار الألفي طبعة 2004، ص 105. [↑](#footnote-ref-49)
49. - Voir : Durand et Vit, traité de droit du travail 1950 sans édition.

    "مشار إليه في أصول قانون العمل للدكتور حسن كبيرة: طبعة 1983، ص 24" [↑](#footnote-ref-50)
50. - أنظر د/أحمية سليمان: سابق الإشارة إليه، ص 34. [↑](#footnote-ref-51)
51. - انظر د/محمد حسين منصور: قانون العمل، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2007، ص89. [↑](#footnote-ref-52)
52. - أنظر د/محمد حسين منصور: سابق الإشارة إليه، ص90. [↑](#footnote-ref-53)
53. - أنظر د/محمد حسين منصور: سابق الإشارة إليه، ص91. [↑](#footnote-ref-54)
54. - انظر د/سمير عبد السيد تناغو: المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام الفقرة 200، ص280، منشأة المعارف بالإسكندرية. [↑](#footnote-ref-55)
55. - انظر د/السنهوري: الوسيط في الالتزامات، فقرة 677، ص 1014، طبعة 1952. [↑](#footnote-ref-56)
56. - Voir D/Jaques Voulés : la rupture du contrat de travail, Paris 1968, p 4. [↑](#footnote-ref-57)
57. - صدر بالأمر 78/12 المؤرخ في 05/08/1978. [↑](#footnote-ref-58)
58. - نصت المادة 4 من القانون الأساسي العام للعامل على ما يلي: "العمل شرط أساسي للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للبلاد، ومصدر رزق العامل، الذي يؤمّن به وسائل عيشه، ويقوم المجتمع الجزائري على العمل ويخضع لمبدأ "من كل حسب مقدرته ولكلّ حسب عمله". [↑](#footnote-ref-59)
59. - انظر د/فاطمة محمد الرزّاز: شرح قانون العمل الجديد، دار النهضة العربية 2004، ص.59. [↑](#footnote-ref-60)
60. - انظر د/صلاح محمد دياب: دار النهضة العربية طبعة 2002، ص(70، 71). [↑](#footnote-ref-61)
61. - انظر د/أحمد حسن البرعي: الوسيط في القانون الاجتماعي، الجزء 2 شرح عقد العمل الفردي، دار النهضة العربية طبعة 2003، ص( 132، 133). [↑](#footnote-ref-62)
62. - إن اعتماد التبعية القانونية في أغلب تشريعات الدول لا ينفي أهمية التبعية الاقتصادية، والدليل على ذلك أن منظمة العمل الدولية وفي اتفاقية خاصة في 1995 الدورة 82 من أجل حماية العاملين في المنازل، عرّفت في مشروعها تعبير "العمل في المنزل" بأنه عمل يؤديه شخص يشار إليه باسم العامل في المنزل، في منزله أو في أماكن أخرى يختارها، مقابل أجر، ويؤدي إلى ناتج أو خدمة، وفقا لمواصفات صاحب العمل سواء كانت المعدات أو المواد أو المداخلات الأخرى المستخدمة من هذا الشخص أو من صاحب العمل أو الوسيط، طالما لم يكن هذا الشخص يتمتع بدرجة من الاستقلال". [↑](#footnote-ref-63)
63. - تنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري على " في العقود الملزمة للجانيين، إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد اعذراه المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفي به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات. [↑](#footnote-ref-64)
64. - تنص المادة 107 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري على " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية. ولا يقتصر تنفيذ العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

    غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، و إن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". [↑](#footnote-ref-65)
65. - و لكن نرى من جانبنا و كتأكيد لتنفيذ العقود بحسن نية يجب في هذه الحالة مثلا أن يكون هذا الفعل قد تكرر حدوثه من طرف العامل، و أنه سيؤدي لو استمر إلى فساد الآلة وضياعها، فيجب إذن أن يكون قصد الإضرار من طرف العامل متوفرا. [↑](#footnote-ref-66)
66. - نصت المادة 120 من القانون المدني على "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و دون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين". [↑](#footnote-ref-67)
67. - تنص المادة 137 من قانون 90/11 على "يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل يخالف استنقاصه حقوق منحت للعمال بموجب التشريع والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية". [↑](#footnote-ref-68)
68. - Voir : Droit social N°4 Avril 2004، conditions de licéité d’un licenciement pour port du voile islamique. [↑](#footnote-ref-69)
69. - سنعود إلى الحديث عن الحياة الخاصة للعامل الأجير وعدم اعتبارها سببا لتسريحه، عندما نتناول الأسباب الجدية والحقيقية للتسريح. [↑](#footnote-ref-70)
70. - أنظر د/حسن كبيرة: أصول قانون العمل، مرجع سابق الإشارة إليه، ص689. [↑](#footnote-ref-71)
71. - Voir : Helene Singa, la grève, traité de droit du travail, publié sous la direction de Kamarlynck, N°117,P 261, Paris, 1966. [↑](#footnote-ref-72)
72. - Voir : Gérard lyon Caen, Jean Pélissier, Alain Supiot, droit du travail, 17ème édition Dalloz, octobre 1994, P 276. [↑](#footnote-ref-73)
73. - نصت محكمة النقض الفرنسية في قرار 03/04/1979 الصادر عن غرفتها الاجتماعية على ما يلي "إذا كان رب العمل المتخذ لمبادرة الإنهاء مطالب باحترام ما نصت عليه المواد 122/4 و ما يليها، فله بالمقابل إمكانية أن لا تؤدي هذه النصوص إلى حرمانه من طلب الفسخ القضائي للعقد". [↑](#footnote-ref-74)
74. - أنظر د/عبد العزيز عبد المنعم خليفة: الأحكام العامة لعقد العمل الفردي طبعة 2004/2005، ص193. [↑](#footnote-ref-75)
75. - Voir : Olivier Chénedé et Dominique jour, Contrat de travail, 5eme édition Delnas 2003, P 222. [↑](#footnote-ref-76)
76. - تنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري على "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك". [↑](#footnote-ref-77)
77. - IDEM, P 223. [↑](#footnote-ref-78)
78. - L’article 122/3 – 8/1 contient ce qui suit « Sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l’échéance du terme qu’en cas de faute grave ou de force majeure». [↑](#footnote-ref-79)
79. - IDEM, P223. [↑](#footnote-ref-80)
80. - القرار صادر عن الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية في 09/04/1987، موجود في مجلة الاجتهاد القضائي رقم 491 لسنة 1987، ص.353. [↑](#footnote-ref-81)
81. - Voir : Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jemmaud: ouvrage cité auparavant, P 880. [↑](#footnote-ref-82)
82. - L’article 122/44 de code Français du travail contient ce que suit «aucun fait ne peut donner lieu à lui seul, à des poursuites disciplinaires au-delà d’un délai de deux mois à compter du jour ou l’employeur a eu connaissance, à moins que ce fait ait donné lieu dans le même délai à l’exercice de poursuites pénales. Aucune sanction antérieur de plus de trois ans à l’engagement des poursuites disciplinaires ne peut être invoquée à l’appui d’une nouvelle sanction ». [↑](#footnote-ref-83)
83. - أما المشرع الجزائري فنص في القانون المدني الجزائري على التقادم المسقط في المادة 308 التي تنص على "يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية. "أنظر المواد من 309 إلى 322 من القانون المدني الجزائري". فواضح من هذه المادة، أن مضمونها لا يمس بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة"، وواضح أيضا، أنها تنطبق أيضا كقاعدة عامة على علاقات العمل، طالما أنه لا يوجد نص خاص في قانون العمل الجزائري يتعلق بهذه الحالة، مثلما نص عليه المشرع الفرنسي، ولكن لا يعقل أن يتمسك رب العمل بخطأ تافه تمثل في غياب العامل عن العمل دون أن يكون معتادا على ذلك لمدة 15 سنة ليقوم بمعاقبته، ولكن يمكن أن نتصور فائدة هذا النص في الحياة العملية إذا تحققت فوائد غير مشروعة، فهنا يمكنه استرداد حقوقه بتطبيق هذا النص دون أن يصطدم بتقادم الدعوى الجزائية". [↑](#footnote-ref-84)
84. - والأمر يتم حسمه أيضا كما أشرنا إليه سابقا بملاحظة جسامة الخطأ واتساعه وما يستلزم من تصرف رب العمل بحسب الفعل، و دون توسيع لأحقيته في ممارسة التأديب المناسب للفعل المرتكب، لأن إخلال العامل بالتزاماته لن يكون إخلالا أجنبيا عن العقد المبرم بينه وبين رب العمل، فهو إن لم يكن متعلقا مباشرة بالتزام عقدي، فإنه يكون متعلقا بالعناصر الثانوية لذلك الالتزام. [↑](#footnote-ref-85)
85. - معدلة ومتممة بالمادة 35 من القانون رقم05/10 المؤرخ في20/06/2005 المعدل والمتمم للأمر75/58 المتضمن القانون المدني. [↑](#footnote-ref-86)
86. - وحتى التعديل الأخير لم يجب على هذا التساؤل بحيث اكتفى القانون المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للقانون المدني بمطابقة النص العربي للفرنسي من خلال ذكر كلمة الخطأ التي كانت موجودة سابقا في النص العربي دون النص الفرنسي،ذلك أن الشخص وهو يسلك سلوكا معينا، يعتقد بأنه سلوك غير خاطئ، وبالتالي تتعقّد مهمة البحث عن وجود خطأ من عدم وجوده. [↑](#footnote-ref-87)
87. - Voir D/Professeur Leila Hamdan Borsali, dans sa thèse pour le doctorat d’état, droit privé, université d’Oran, Es-Senia 1990, P 101 et suivantes. [↑](#footnote-ref-88)
88. - المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد 2، 1990، ص14. [↑](#footnote-ref-89)
89. -Voir D/ Mazeaud : La responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle, revue semestrielle de droit civil, 1969, N°409. [↑](#footnote-ref-90)
90. - أنظر د/السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء1، الطبعة2، 1964، ص785. [↑](#footnote-ref-91)
91. - مجلة الأسبوع القانوني 1969، ص601، و ما قالته المحكمة هو:

    « Le débiteur commet une faute doloire, lorsque, de propos délibéré, refuse d’exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n’est pas dicté par l’intention de nuire à son contractant». [↑](#footnote-ref-92)
92. - أنظر د/محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري، الطبعة3، 1987، ص.487. [↑](#footnote-ref-93)
93. -Voir : Lotorno : La responsabilité civile، Paris، 1976، p.316. [↑](#footnote-ref-94)
94. - أنظر د/جلال محمد إبراهيم: رسالة دكتوراه بعنوان: المسؤولية المدنية لعديمي التمييز. جامعة القاهرة، 1983، و فيها يتكلم على أنه: إذا كان القصد هو الذي يحدد هذا النوع من الخطأ، فإنه لا يمكن أن ينسب الخطأ العمدي إلى عديم التمييز كالصبي غير المميز و المجنون. [↑](#footnote-ref-95)
95. - أنظر د/محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء2، طبعة 1990 بالقاهرة، ص.82. [↑](#footnote-ref-96)
96. - أنظر أ/فيني، ملاحظات على التفرقة بين الخطأ العمدي والخطأ غير المغتفر والخطأ الجسيم، داللوز 1974، ص263، وما بعدها، وهي تقول في ص.276 رقم 2، باللغة الأصلية ما يلي: =

    = « S’il y a une solution qui a longtemps paru bien acquise, dans le domaine portant le mouvement continu de la définition des fautes civiles, c’est que la faute doloire se caractérise par l’intention de nuire, c’est-à-dire par la volonté positive de causer le dommage ». [↑](#footnote-ref-97)
97. - أنظر د/محمود جمال زكي: المرجع السابق، ص489. [↑](#footnote-ref-98)
98. -أنظرد/محمد حسين علي الشامي: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه من جامعة عين شمس، عام 1989، ص.123 وما بعدها. [↑](#footnote-ref-99)
99. - Voir : D/ Esmein, le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle. [↑](#footnote-ref-100)
100. - أنظر د/ محمد نصر رفاعي: الإشارة إلى هذا الحكم وردت في كتاب الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، دار النهضة العربية، طبعة 1978. [↑](#footnote-ref-101)
101. - وما قرّره الحكم بلغته الأصلية هو:

     « Negligence is the omission to do something which a reasonable man, guided upon those considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs, would do, or doing something which a prudent and reasonable man would not do ». [↑](#footnote-ref-102)
102. - Voir : D/Barnard, la faute inexcusable dans les accidents de travail, thèse, Paris 1909, P13 et suivantes, D/Voisenet (p), la faute lourde en droit français, thèse 1934, P388, et D/ Jullet (R) : la faute inexcusable en matière d’accident du travail et de maladie professionnelle, thèse, Paris 1980, P49. [↑](#footnote-ref-103)
103. - أنظر د/جلال محمد إبراهيم: الحادث أثناء وبسبب العمل، دراسة مقارنة مجلة الحقوق بالقاهرة السنة 11، العدد2، جوان 1987. [↑](#footnote-ref-104)
104. - **Article 20 :** « Aucune des indemnités déterminées par la présente loi ne peut être attribuée :

     A la victime qui a intentionnellement provoqué l’accident.

     Le tribunal à le droit, s’il est prouvé que l’accident est dû à la faute inexcusable de l’ouvrier, de diminuer la pension fixée au titre premier.

     Lorsqu’il est prouvé que l’accident est dû à une faute inexcusable du patron ou de ceux qu’il s’est substitues dans la direction, l’indemnité pourra être majorée, mais sans que la rente ou le total des rentes allouées après l’augmentation, puisse dépasser, le montant du salaire annuel effectif. [↑](#footnote-ref-105)
105. - Le texte en Français est le suivant: « lorsque l’occident est dû à la faute inexcusable de l’employeur oude ceux qu’il s’est substitues dans la direction, la victime ou ses ayants droit, reçoivent une majoration des indemnités qui leur sont dues envertu du présent livre, il est interdit à l’employeur de se garantir par une assurance contre les conséquences de la faute inexcusable, l’auteur de la faute inexcusable en est responsable sur son patrimoine personnel ». [↑](#footnote-ref-106)
106. - نصت المادة 25/الفقرة1 من هذه الاتفاقية على أن "يحرم الناقل من الحق في التمسك بنصوص هذه الاتفاقية التي تستبعد مسؤوليته أو تحد منها، إذا نشأ الضرر عن غشه". [↑](#footnote-ref-107)
107. - هي ترجمة شخصية حاولنا من خلالها تبيين ما قصده المشرع المصري من سوء السلوك الفاحش و المقصود. [↑](#footnote-ref-108)
108. - علّق على هذا الحكم الأستاذ رواست Rouast في قسم القضاء، دالوز 1941، ص117 و قد ورد منطوق الحكم بلغته الأصلية بالفرنسية كما يلي:

     « Une faute d’une gravité exceptionnelle arrivant d’une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l’absence de toute cause justifiante, et se distinguant par le défaut d’intention de la faute intentionnelle ». [↑](#footnote-ref-109)
109. - Le professeur Rouast raconte, à l’occasion de son commentaire sur l’arrêt de la cour de cassation Française de 15/06/1941 ce qui suit :

     « L’identité des deux mots (volonté et intention) n’est qu’apparente, est un acte volontaire ne se confond pas avec un acte intentionnel. Un acte doit être considéré comme volontaire lorsqu’il est accompli en complète conscience، mais un tel acte dans les conséquences sont révélées dommageable, ne comportait pas nécessairement le désire que ces conséquences se manifestent. Vouloir un acte n’est pas nécessairement désirer qu’il en résulte un dommage ». [↑](#footnote-ref-110)
110. - Voir D/ Pothier : les obligations, Tome2, P497 et suivantes, éditions Bugne, sans date d’édition. [↑](#footnote-ref-111)
111. - Voir : Roblot, la faute lourde en droit privé Français, revue semestrielle de droit civil 1943, P 1 et suivantes. [↑](#footnote-ref-112)
112. - Voir : Flour et Aubert, les obligations, tome 2, 1981, P 130. [↑](#footnote-ref-113)
113. - أنظر سليمان مرقس: الوافي، الجزء2، المجلد الأول، نظرية العقد، طبعة 1987، ص380 وما بعدها. [↑](#footnote-ref-114)
114. - Voir Voisenet : la faute lourde en droit privé Français, thèse Dijon 1934, P 420, et dans laquelle,il déclare ce qui suit: «dans ce domaine, il y a plusieurs critères qui ne peuvent se réunir en une seule idée». [↑](#footnote-ref-115)
115. - Voir Voisenet: la faute lourde en droit privé Français، ouvrage cité précédemment. [↑](#footnote-ref-116)
116. - Voir  Savatier: la responsabilité, tome 1. [↑](#footnote-ref-117)
117. - Cassation Français le 22/11/1978، Revu de la semaine juridique, Février 1979, N° 19139, commentaire de Vierry. [↑](#footnote-ref-118)
118. - Voir : Voisenet, thèse de Dijon, déjà citée, P 467. [↑](#footnote-ref-119)
119. - La cour de cassation française dans sont arrêt de 31/05/1949 déclare que « le fait pour un transporteur de remettre à un tiers sans qualité pour les recevoir، des marchandises qui lui ont été confié, constitue une faute lourde de sa part dans l’exécution de contrat de transport ». [↑](#footnote-ref-120)
120. - Arrêt de 18/05/1950, gazette 01/1950. [↑](#footnote-ref-121)
121. - Voir l’article intitulé : responsabilité du travailleur à l’égard de l’employeur pour vices d’exécution du travail, revu de l’avocat,Paris, Septembre 1993. [↑](#footnote-ref-122)
122. - Social 21/01/1971. [↑](#footnote-ref-123)
123. -Voir:Weill Alex et Terré François: droit civil, les obligations, 3ème édition Dalloz, Paris 1980, P.671. [↑](#footnote-ref-124)
124. -Voir: Rives long : contribution à l’étude de la responsabilité des maîtres et commettants, 1970. [↑](#footnote-ref-125)
125. -Voir: Mazzeaud, ouvrage déjà cité. [↑](#footnote-ref-126)
126. -Voir: particulièrement Mazzeaud et Tenick, ouvrage déjà cité. [↑](#footnote-ref-127)
127. - Voir D/ Leila Hamdan Borsali, Réflexions sur la notion de faute en droit civil algérien, Thèse pour le doctorat d’état, Droit privé, Université d’Oran, Es-Senia, 1990, P.155 et suivantes. [↑](#footnote-ref-128)
128. - Voir : Larounet dans son commentaire sur la position de la cour du cassation, puisque –selon lui- il faut que le droit civil prendra en considération les donnes de droit de travail. [↑](#footnote-ref-129)
129. - أنظر د/محمود جمال الدين زكي: عقد العمل، الطبعة الثانية، 1982، ص 932 وما بعدها. [↑](#footnote-ref-130)
130. - Voir : Dalloz de la semaine, 1940, laloun (H), dans sa définition de l’ensemble des fautes. [↑](#footnote-ref-131)
131. - Voir : tomas (CL), la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, revue : législation et jurisprudences, 1937, P.640. [↑](#footnote-ref-132)
132. - Grenoble le 04/11/1946. [↑](#footnote-ref-133)
133. - Chambre civile de la cour de cassation Française، 18/12/1956. [↑](#footnote-ref-134)
134. - أنظر د/ محمود جمال الدين زكي: مشكلاتالمسؤولية المدنية، الجزء 2، مطبعة جامعة القاهرة 1983، في هامش الصفحات (55، 56). [↑](#footnote-ref-135)
135. - Voir : Collon et Kapitain : droit civil, tome 2, 1959, P.714. [↑](#footnote-ref-136)
136. - صدر القانون المدني الجزائري بالأمر رقم 75/85 المؤرخ في 26/09/1975 المعدل و المتمم. [↑](#footnote-ref-137)
137. - أنظر د/علي علي سليمان: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 1992، ص210. [↑](#footnote-ref-138)
138. - أنظر د/حسن عبد الرحمن قدوس: الحق في التعويض، مقتضياته الغائية ومظاهر التطور المعاصر في النظم الوضعية، دار النهضة العربية، 1998. [↑](#footnote-ref-139)
139. - Voir : M.Puech, l’illicéité dans la responsabilité civile extra contractuelle, thèse: Strasbourg 1973, P.169. [↑](#footnote-ref-140)
140. - Voir : Georges Vidal et Joseph Magnol: cour de droit criminel et de science pénitentiaire, Paris 1935, P 169 et Henri Brouchot, de l’influence de résultat illicéité sur la pénalité, thèse pour le doctorat, Paris 1905, P.50. [↑](#footnote-ref-141)
141. - Voir : Henri Brouchot, ouvrage cité, P. 51. [↑](#footnote-ref-142)
142. - أنظر د/محمد مصطفى القللي: المسؤولية الجنائية 1948، ص.206. [↑](#footnote-ref-143)
143. - أنظر د/نبيل مدحت سالم: الخطأ غير العمدي، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم غير العمدية، دار النهضة العربية 1984، ص.70. [↑](#footnote-ref-144)
144. - تم إلغاء نص المادة 41 من الأمر 75/58 المتضمن القانون المدني بالمادة 51 من قانون 20/06/2005، وكانت موجودة في الباب الثاني الخاص بالأشخاص الطبيعية وضمن الفصل الأول المتعلق بالأشخاص الطبيعية، وهو مكان لم يكن مناسبا آنذاك، وكان نص المادة 41 سابقا ينص على : "يعتبر استعمال حق تعسفيا في الأحوال التالية:

     إذا وقع بقصد الإضرار

     إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير

     إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".=

     = وقابله النص الفرنسي بالقول:

     « L’exercice abusif d’un droit et constitutif d’une faute، notamment dans les cas suivants :

     * S’il a bien dans le but de nuire à autrui.
     * S’il tend à la satisfaction d’un intérêt dont l’importance est minime par rapport au préjudice qui en résulte pour autrui.
     * S’il tend à la satisfaction d’un intérêt illicite ».

     [↑](#footnote-ref-145)
145. - ففي مادة قانون العمل مثلا تأرجح موقف المحكمة العليا بين القول بأن عبارة على الخصوص المذكورة في المادة 73 من قانون 90/11 يراد بها أن الحالات مبنية على سبيل الحصر، وذلك لمدة فاقت عشرية كاملة لتتراجع في الأخير وتنص على أن عبارة على الخصوص يفهم منها أن الحالات المذكورة في المادة 73 هي حالات مذكورة على سبيل المثال "القرار الصادر في 2/12/2004، تحت رقم 283600. [↑](#footnote-ref-146)
146. - كانت المادة 137 تنص على "للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر" وبالنص الفرنسي:

     «La personne responsable du fait d’autrui à un recours contre l’auteur du dommage, dans les limites où celui-ci est responsable de ce dommage». [↑](#footnote-ref-147)
147. - Dans les autres cas, le juge doit justifier son recours aux cas cité à l’alinéa1. [↑](#footnote-ref-148)
148. - قبل تعديل 21/12/1991 وردت نفس المادة بذكر مصطلح التسريح فقط licenciement دون إرفاقها بمصطلح التأديب. [↑](#footnote-ref-149)
149. - و نحن لا نتفق مع المشرع الجزائري الذي أعطى وصف الخطأ الجسيم كمقابل للمصطلح الفرنسي La faute grave، فالخطأ الجسيم يقابله وصفLa faute lourde، وكان بالإمكان إعطاء وصف الخطأ الفادح أو الخطأ الكبير كمقابل للمصطلح الفرنسيLa faute grave . [↑](#footnote-ref-150)
150. - صدر قانون العقوبات الجزائري بمقتضى الأمر رقم 156-66 المؤرخ في 08/06/1966. [↑](#footnote-ref-151)
151. - أنظر د/أحمد عبد اللطيف: الخطأ غير العمدي في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، دراسة تأصيلية تحليلية، دار النهضة العربية، طبعة 2004، ص10. [↑](#footnote-ref-152)
152. - Voir : La Revue international de droit pénal, Juin 1968, P 125. [↑](#footnote-ref-153)
153. - Voir : Bouzat (P) : les transformations contemporaines des conditions matérielles d’existence, et leur influence sur l’évolution du droit pénal, Paris 1968، P43 et 5. [↑](#footnote-ref-154)
154. - Voir : Hanequat (Y) : la responsabilité pénale de l’ingénieur, thèse, lièges 1959. [↑](#footnote-ref-155)
155. - Voir : Chavaune Albert et Favord Maire Claude, les délits d’imprudence, revue de science criminelle et droit pénal, 1975. [↑](#footnote-ref-156)
156. - Voir : Legrand (AH), l’imprudence routière, thèse, Lille 1978, p9 et 5. [↑](#footnote-ref-157)
157. - Voir : Antonio Quintana, les conséquences pénales du délit d’imprudence, étude de droit Espagnol, 1961, P233. [↑](#footnote-ref-158)
158. - أنظر د/نبيل مدحت سالم، المرجع السابق، ص(4، 5). [↑](#footnote-ref-159)
159. - ومن أهم هذه المؤتمرات المؤتمر الدولي الثامن لقانون العقوبات الذي عقد في لشبونة سنة 1961 وتقارير مدونة في المجلة الدولية لقانون العقوبات عام 1961، والمؤتمر الدولي الثاني عشر الذي عقد في هامبورج سنة 1979 ودونت تقاريره في المجلة الدولية لقانون العقوبات عام 1979. [↑](#footnote-ref-160)
160. - Voir : Wagner, La notion d’intention pénal dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine, thèse, clairement 1976, P 24. [↑](#footnote-ref-161)
161. - أنظر المادة 288 من قانون العقوبات الجزائري. [↑](#footnote-ref-162)
162. - Voir : Rokofyllos, Le concept de lésion et la délinquance par imprudence, thèse Paris 1967, P9. [↑](#footnote-ref-163)
163. - Voir : Marmont, pour une nouvelle conception de l’infraction dite involontaire contre l’intégrité corporelle, thèse,Montpelier, 1980, P.108. [↑](#footnote-ref-164)
164. - Voir : Graven, Les délits de négligence en droit pénal suisse, revue international de droit pénal 1979, P 344. [↑](#footnote-ref-165)
165. - أنظر د/فوزية عبد الستار: النظرية العامة للخطأ غير العمدي، دراسة مقارنة، 1977، ص(101 و102). [↑](#footnote-ref-166)
166. - أنظر د/محمد نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الرابعة 1977، ص.681. [↑](#footnote-ref-167)
167. - وجسيما نفضّل أن يكون مصطلحها هو Lourde بالفرنسية"وهو الذي لم نجده في المادة 73 من قانون90/11" حتى نسمح لرب العمل مثلما هو الحال في فرنسا، أن يطلب التعويض عن الأضرار، لأن العامل قام بالفعل بنية الإضرار avec l’intention de nuire. [↑](#footnote-ref-168)
168. - قرار المحكمة العليا المؤرخ في 25/12/2004 تحت رقم 283600، منشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد الثاني لسنة 2004، ص193، والذي نص على "الأخطاء الجسيمة المذكورة في المادة 73 من القانون 90/11، غير محدّدة على سبيل الحصر، وتؤكد عبارة "على الخصوص" الواردة في هذه المادة، وجود أخطاء جسيمة أخرى، يحددها النظام الداخلي". [↑](#footnote-ref-169)
169. - طبعا لا يمكن لرب العمل أن يعطي تعليمات مخالفة لتشريعات العمل و لعقد العمل أو الاتفاقيات الجماعية، كان يأمر العمال بالبقاء ساعات طويلة بعد انتهاء فترات العمل، اللهم إلا إذا كان ذلك استثنائيا ولا يحدث إلا نادرا ولأسباب قاهرة كغزارة الطلب على المنتوج مما يستدعي معه ضرورة تكثيف الجهود لتلبية طلب الزبائن، على أن تكون تلك المجهودات لها ما يقابلها من تعويض مادي لا ضرر فيه ولا ضرار. [↑](#footnote-ref-170)
170. - نعيد ونذكر أننا لا نتفق مع ما صاغه المشرع الجزائري من لفظ الجسامة باللغة العربية كمقابل للفظ grave باللغة الفرنسية. [↑](#footnote-ref-171)
171. - و شهادة العمال يمكنهم أدائها دون خشية معاقبتهم من طرف رب العمل لأن ذلك من قبيل العقاب التعسّفي، الذي لا يحق لرب العمل ممارسته في حقهم، فضلا على أن أخطر ما يقدم عليه رب العمل وهو التسريح التأديبي يصبح تعسفيا وغير مشروع إن اعتمد على شهادة أدّاها العمال التابعين له في غير صالحه. [↑](#footnote-ref-172)
172. - يوجد فرق بين الاتفاقيات الجماعية Les conventions collectives، والاتفاقات الجماعية Les accords collectifs بنص المادة 114 من قانون 90/11، ولكل منهما مواضيع يستقل بتنظيمها، ويمكن أن يشكل الاتفاق الجماعيl’accord collectif بنص المادة 114 فقرة 2 تمهيدا للاتفاقية الجماعية. [↑](#footnote-ref-173)
173. - هذه الالتزامات أساسية، ولا يعني تعدادها بنص المادة 07 أنها محصورة فيها فقط، بل يمكن أن تكون التزامات أخرى تنجم عن خصوصية عقد العمل ذاته أو ظروفه، والدليل على ذلك موجود في آخر هذه المادة التي تنص في فقرتها الأخيرة على ضرورة مراعاة الالتزامات الناجمة عن عقد العملObserver les obligations découlant du contrat du travail. [↑](#footnote-ref-174)
174. - في المادة 07 من القانون 90/11 تم استعمال في الفقرة الأولى مصطلح المستخدم L’employeur، وفي الفقرة الثانية مصطلح الهيئة المستخدمة L’organisme employeur. [↑](#footnote-ref-175)
175. - في رأينا يريد المشرع الجزائري تذكير رب العمل بضرورة أن تكون التعليمات في إطار قيادته العادية وهي المقابلة لكلمة normal بالمصطلح الفرنسي، والمصطلح الفرنسي أبلغ في هذه الحالة في تذكير رب العمل بضرورة عدم إصدار تعليمات غريبة عن أهداف الإدارة والقيادة المعطاة له قانونا، فلو كان المصطلح العربي هو كلمة مشروع légitime لكان هو الأقوى والأبلغ في منع رب العمل من التعسف في إعطاء تعليمات تخرج عن إطار علاقة العمل. [↑](#footnote-ref-176)
176. - نرى أن عبارة En conformité avec la législation et la réglementation هي عبارة زائدة لا لزوم لها، طالما أن أخذ احتياطات الحذر والسلامة من طرف شخص عاقل وسوي، لا تنتظر الإلزام بالتشريع والتنظيم حتى يقوم باتخاذها، وكان يجب أن تصاغ على شكل En conformité avec l’assiduité et la prudence لأن العامل قد يدّعي لاحقا بمناسبة عرض قضية لحادث عمل، بأن التنظيم في العمل لا يمنع من الدخول إلى ساحة مخصصة لكلاب مدرّبة يستعملها رب العمل في الحراسة الليلية فإذا بها فاجأته بهجوم تعرض بموجبه إلى جروح خطيرة، فالحيطة والحذر احترمهما رب العمل بغلق تلك الساحة بلولب حديدي ولكن العامل فتح هذه الساحة ودخل دون أخذ احتياطاته. [↑](#footnote-ref-177)
177. - الاتفاق يشمل ما ذكر بشأن المصالح لدى مؤسسة أو شركة زبونة أو من الباطن، أما ما يلي ذلك في نفس الحالة فلا يعنيه الاتفاق لأنه من غير المعقول أن يتفق رب العمل مع العامل بأن ينافسه في مجال نشاطه وكان الأجدر بالمشرع الجزائري أن يضع الالتزام بعدم المنافسة في حالة مستقلة لوحدها. [↑](#footnote-ref-178)
178. - مصطلح الشركات خاص بالقانون التجاري، ورغم ذلك استعمله المشرع الجزائري الذي كان في رأينا متعاملا مع الواقع الذي يشهد ارتفاع نسبة تدخل قانون العمل في ما كان سابقا ينظمه القانون التجاري، بسبب ارتفاع عدد المتوجهين إلى العمل التابع المأجور Le travail subordonné salarial. [↑](#footnote-ref-179)
179. - والدليل على منطقية هذا التحليل أن العمال قد تلتف حولهم عائلاتهم لتمكينهم من فتح أنشطة قد تكون شبيهة تماما لنشاط المستخدم الذي كانوا يشتغلون في الأمس القريب عنده. [↑](#footnote-ref-180)
180. - ويجب أن نتصور خطورة هذه المنافسة بالنسبة لشركات ومؤسسات القطاع العام التي كانت تابعة للدولة، والتي كانت إلى وقت قريب مسيطرة على الساحة الاقتصادية الجزائرية، لتجد نفسها في ظل التحولات الاقتصادية عرضة لهروب عمال ذوي كفاءات عالية تمكنوا من مساعدة مؤسسات أخرى منافسة، بل استطاعوا في حالات عديدة فتح مؤسسات بنفس النشاط وبنفس المواصفات. [↑](#footnote-ref-181)
181. - جملة فرضها القانون قد توحي بمعاني كثيرة لعلّ أهمها، أن العامل الأجير يكون مجبرا بمقتضاها أن يقدم لقاضي التحقيق مثلا وثائق تهم المؤسسة بمناسبة قضية تزوير إدّعتها عليها مؤسسة منافسة، وذلك دون انتظار موافقة رب العمل، وهذا قد يهز الثقة بين الطرفين إذا انتهى التحقيق بأن لا وجه للمتابعة، وأن لا دليل جدي يبرر إدعاءات المؤسسة الشاكية، وكان يجب في رأينا أن يربط المشرع الجزائري تلك المعلومات التي يتطلبها القانون، بإعلام رب العمل كتابة دون اشتراط موافقته، وهنا الإعلام كتابة هو في حماية العامل الأجير لاستعمالها لاحقا إذا ما كان عرضة للتسريح التأديبي من طرف المستخدم على أساس أنه أخل بالتزام عدم إفشاء المعلومات. [↑](#footnote-ref-182)
182. - وتبرز أهمية هذه المعلومات في الوقت الحاضر بالنظر لتوسع شبكة الاتصالات وغزو ما يسمى بالهاتف النقال لمختلف مجالات الحياة الاقتصادية ولعبه دورا أساسيا في شبكة التعامل واقتناء فرص النجاح. [↑](#footnote-ref-183)
183. - مثال ذلك ما قرّرته المادة 14 من الظهير المغربي الصادر في 08/10/1977 المتعلق بتعهد البنايات، وتخصيص مساكن للبوّابين في البيانات المعدة للسكن، إذ تجيز لبوّاب البناية بعد الاتفاق مع صاحبها، أن يقوم شخص آخر –غير البوّاب- بحلول محل هذا الأخير أثناء الإجازة السنوية. [↑](#footnote-ref-184)
184. - قرار محكمة النقض المصرية مؤرخ في 15/03/1967. [↑](#footnote-ref-185)
185. - قرار محكمة النقض المصرية مؤرخ في 28/06/1971، مشار إليه في موقع الانترنت. [↑](#footnote-ref-186)
186. - أنظر د/أحمد حسن البرعي: الوسيط في القانون الاجتماعي، الجزء2، شرح عقد العمل الفردي، طبعة 2003، دار النهضة العربية، ص180. [↑](#footnote-ref-187)
187. - وهذا مستوحى من نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام...". [↑](#footnote-ref-188)
188. - ولم تبين هذه المادة 62 ما إذا كان التعديل يندرج تلقائيا داخل عقد العمل، أو يقوم به رب العمل، أو يبادر العامل بالمطالبة به، فبقاء هذه المادة على هذا الحال من شأنه أن يمس بحقوق العمال، لاسيما إذا كانوا غير مؤهلين لمتابعة ما يصدر من قوانين جديدة وما يعتمد من اتفاقيات معدّلة لأحكام العقد المبرم بينهم وبين رب العمل منذ سنوات عديدة، لاسيما إذا كان التعديل يفرضه قانون جديد، لأن القانون القديم الذي ابرم العقد أثناءه، لا يمكن أن يحمل مخالفة لأحكامه طالما أن تلك المخالفة تقع باطلة بطلانا مطلقا طبقا للمادة 135 من قانون 90/11. [↑](#footnote-ref-189)
189. - وفي جانب آخر نصت المادة 63 من قانون 90/11 على: "غير أنه مع مراعاة المادة 3 أعلاه، تظل علاقات العمل المبرمة عند تاريخ صدور هذا القانون تحدث أثرها الكامل ماعدا أحكامها المخالفة".

     « …Toutefois, est sous réserve des dispositions de l’article 03 ci-dessus, les relations de travail conclues a la date de promulgation de la présente loi, sauf en leurs dispositions contraires, continuent de produire plein effet». [↑](#footnote-ref-190)
190. - والمقصود بالمركز الأدبي أن لا يتم تنزيل العامل من رتبته الأصلية، لأن ذلك من قبيل العقوبة التأديبية المسلطة عليه، وهو ما لا لزوم له في هذه الحالة. [↑](#footnote-ref-191)
191. - وهو ما يدعو إلى ضرورة تدخل المشرع الجزائري لتعديل أحكام قانون 90/11 بمنطق يتماشى والتطورات التي شهدها عالم الشغل بسبب الواقع الاقتصادي والاجتماعي الجديد. [↑](#footnote-ref-192)
192. - والغريب في شأن الحالات التي عدّدها المشرع الجزائري في المادة 73 أن بعضها مستوحى من المادة 7 التي تحدثت عن الواجبات الملقاة على العامل، ومعنى ذلك أنها ترقى لأن يكون عدم تأديتها خطأ خطيرا، مع أن هناك واجبات ذكرتها المادة 7 وعدم القيام بها يشكل خطورة جسيمة على رب العمل، كوجود مصالح للعمال لدى مؤسسة منافسة أو من الباطن، ورغم ذلك لم يذكرها المشرع الجزائري في المادة 73، وبالتالي تدخل ضمن الخانة الثالثة التي سنتحدث عنها لاحقا والمتمثلة في كونها تشكل سببا كافيا وجديا دون وجود نص صريح يجرّمها، وهو أمر يعود الفصل فيه إلى القاضي المعروض عليه النزاع. [↑](#footnote-ref-193)
193. - أنظر مدونة الفكهاني: الجزء الأول رقم 222، ص263، الذي ذكر فيها حكما لمحكمة القاهرة الابتدائية التي صرحت بأحقية رب العمل في فصل العامل الذي بلّغ مصلحة الضرائب دون إذنه "حكم مؤرخ في 02/05/1955 عن محكمة القاهرة". [↑](#footnote-ref-194)
194. - القرار مؤرخ في 24/04/2005 منشور على موقع الانترنت.

     - Voir : Paul Bureau, le contrat de travail، le rôle des syndicats professionnels, Paris 1902, P 77. [↑](#footnote-ref-195)
195. - Voir : Kamarlynck et Lyon Caen, Précis Dalloz, 3eme édition, Paris 1972, P 175. [↑](#footnote-ref-196)
196. - الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية بقرار مؤرخ في 14/11/1991 . [↑](#footnote-ref-197)
197. - قرار 10/01 صادر عن الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية، مؤرخ في 19/06/1991، مذكور في مجلة القضاء الاجتماعي لسنة 1991 تحت رقم 826. [↑](#footnote-ref-198)
198. - القرار الصادر عن الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 03/02/1993 وموجود في مجلة القضاء الاجتماعي لسنة 1993، رقم 292. [↑](#footnote-ref-199)
199. - القرار صادر عن الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 08/11/1990 مذكور في البحث الذي قامت به دفعة كلية الحقوق لجامعة مونبلييه الخاص بالأسباب الشخصية للتسريح في مجموعة بانوراما للقضاءPanorama dejurisprudence 1990–1995. [↑](#footnote-ref-200)
200. - و هذا ينطبق مع موقف المشرع الجزائري في آخر الفقرة التي تتحدث عن إفشاء الأسرار في المادة 73 من قانون 90/11 حيث تنص على "...إلا إذا أذنت السلطة السلمية بها أو أجازها القانون". [↑](#footnote-ref-201)
201. - القرار صادر عن الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية في 19/10/1995 تحت رقم 3759 وموجود في الدفاتر الاجتماعية لمنظمة المحامين بباريس و ملخص منطوق هذا القرار الوارد باللغة الفرنسية هو:

     « Le refus de se soumettre à un serment de confidentialité ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement, l’intéressé qui était tenu par ses fonctions au secret professionnel, n’aurait aucune obligation de faire le serment de confidentialité, ce dernier présentant un caractère superfétatoire, vexatoire et désobligeant ». [↑](#footnote-ref-202)
202. -والمقصود بذلك متى يكون الإضراب مشروعا، يعني ما يجب على العمال الأجراء احترامه وهم يمارسون حقهم في الإضراب؟ [↑](#footnote-ref-203)
203. - المادة 24 من قانون 90/02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية للعمل و تسويتها وممارسة حق الإضراب. [↑](#footnote-ref-204)
204. - تنص المادة 4/020 من قانون 90/02 على :"...تدل عبارة ممثلي العمال في مفهوم هذا القانون على الممثلين النقابين للعمال أو الممثلين الذين ينتقيهم العمال في حالة عدم وجود الممثلين النقابيين...". [↑](#footnote-ref-205)
205. - نصت على ذلك المادة 27 من قانون 90/02 المعدلة بقانون 91/27 المؤرخ في 21/12/1997. [↑](#footnote-ref-206)
206. - راجع المادة 43 من قانون 90/02. [↑](#footnote-ref-207)
207. - راجع المادة 38 من قانون 90/02. [↑](#footnote-ref-208)
208. - راجع المادة 28 من قانون 90/02. [↑](#footnote-ref-209)
209. - إن المقصود بالجماعة المعنية هي كل العمال الذين يعملون في المؤسسة التي يحاولون إجبارها على تحقيق طلباتهم، ولا ينبغي منطقيا الحديث فقط على أولئك المنتمين إلى التنظيم النقابي الذي بادر إلى الاستدعاء خصوصا وأن المشرع الجزائري لم يبين بدقة ما المقصود بجماعة العمال المعنية؟ هل كل الجماعة التابعة للمؤسسة أم فقط المنطوية تحت لواء نقابة معينة؟ [↑](#footnote-ref-210)
210. - راجع المادة 29 من قانون 90/02. [↑](#footnote-ref-211)
211. - راجع المادة 30 الفقرة 2 من قانون 90/02. [↑](#footnote-ref-212)
212. - أشرنا إلى ذلك في مداخلة،ألقيناها بمناسبة اليومين الدراسيين حول القانون الاجتماعي بتاريخ 12-13/06/2007، بجامعة الجيلالي اليابس، بسيدي بلعباس. [↑](#footnote-ref-213)
213. - تنص المادة 299 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد على: "في جميع أحوال الاستعجال،أو إذا اقتضى الأمر الفصل في إجراء يتعلق بالحراسة القضائية أو بأي تدبير تحفظي غير منظم بإجراءات خاصة، يتم عرض القضية بعريضة افتتاحية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها الإشكال أو التدبير المطلوب، وينادى عليها في أقرب جلسة. يجب الفصل في الدعاوى الاستعجالية في أقرب الآجال". [↑](#footnote-ref-214)
214. - Voir : Christophe radé dans son commentaire sur l’arrêt de 25/02/2003, le juge des réfères et la réquisition des grévistes, droit social N°6, 2003, P 621. [↑](#footnote-ref-215)
215. - Christophe Radé, même article, P 622/3. [↑](#footnote-ref-216)
216. - القرار مؤرخ في 07/06/1995. [↑](#footnote-ref-217)
217. - Même article Christophe Radé P 624/8. [↑](#footnote-ref-218)
218. - طبعا لا نقصد تلك التي استثناها المشرع الجزائري ونص صراحة على ضمان الحد الأدنى من الخدمة فيها بقانون 90/02 ولا تلك التي منع فيها إطلاقا اللجوء إلى الإضراب. [↑](#footnote-ref-219)
219. - فإضافة إلى ضرورة عدم تطرق قاضي الاستعجال إلى الاستجابة للطلبات المتعلقة بالموضوع أي بحقوق معينة "كحق الملكية بالنسبة للمواد المدنية"، لأن عنصر الاستعجال لا يمكّن من ذلك، فإنه وفي الحالة هذه المتعلّقة بقانون العمل، يكون التعارض مع مبدأ دستوري وهو حق ممارسة الإضراب الذي تنص عليه المادة 57 من دستور 1996، بالقول:"الحق في الإضراب معترف به، ويمارس في إطار القانون. يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق أو يحمل حدودا لممارسته في ميادين الدفاع الوطني والأمن، أو في جميع الخدمات أو الأعمال ذات المنفعة الحيوية للمجتمع"، "دستور 1996 موجود في الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرّخة في 08/12/1996، المعدّل بالقانون رقم 02/03 المؤرّخ في 10/04/2002 في الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرّخة في 14/04/2002، وبالقانون رقم 08/19 المؤرّخ في 15/11/2008 في الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرّخة في 16/11/2008". [↑](#footnote-ref-220)
220. - يقصد بالمدير المسؤول ذلك الشخص الذي ينوب عن صاحب العمل إنابة كاملة في إدارة المؤسسة وتنفيذ أغراضها، ويملك كل سلطاته في التعيين والفصل والتصرف في أموالها "استئناف المنصورة دائرة بور سعيد 05/02/1963". [↑](#footnote-ref-221)
221. - أنظر د/محمود جمال الدين زكي، عقد العمل، الطبعة 2، 1902. [↑](#footnote-ref-222)
222. - استعمل المشرّع المصري مصطلح الاعتداء عوض العنف، وهذا في رأينا حماية تفصيلية لرب العمل، على العكس من المشرع الجزائري الذي استعمل مصطلح العنف ولم يحدد تفاصيله على من يقع، وما إذا كان يشترط وقوعه في العمل أو بسبب العمل، وما هي الدرجة التي يبلغها التعدي حتى يصبح عنفا ؟ [↑](#footnote-ref-223)
223. - فالفقرة 9 من المادة 61 من القانون المصري واضحة وتستعمل لفظ "أو" وهو لفظ يفضل بين صاحب العمل وما ينبغي له من احترام بدون تحديد المكان أو أنه بسبب العمل بحيث تنص على "... إذا وقع منه اعتداء على صاحب العمل أو المدير المسئول أو إذا وقع منه اعتداء جسيم على أحد رؤساء العمل أثناء العمل أو بسببه". [↑](#footnote-ref-224)
224. -Cassation social, 06/03/1990, panorama de jurisprudence 1990-1995 Faculté de mompillier. [↑](#footnote-ref-225)
225. - Cassation social, 08/03/1990, même source. [↑](#footnote-ref-226)
226. - Cassation social, 04/10/1994, N°3451, même source. [↑](#footnote-ref-227)
227. - Cassation social, 25/04/1990, N°1794, même source، panorama de jurisprudence. [↑](#footnote-ref-228)
228. - Cassation social, 25/04/1990, N°478, revue de jurisprudence sociale، 1990. [↑](#footnote-ref-229)
229. - Cassation social, 08/10/1992, N°3195, même source, panorama de jurisprudence. [↑](#footnote-ref-230)
230. - Cassation social, 01/04/1992, revue de jurisprudence sociale, N°576. [↑](#footnote-ref-231)
231. - Cour d’appel Douai 26/06/1992, revue de jurisprudence sociale 1997, N° 120. [↑](#footnote-ref-232)
232. - Cassation social 18/10/1990, même source : journaux de jurisprudence. [↑](#footnote-ref-233)
233. - Cassation sociale 03/10/1990, même source « parcours de jurisprudence ». [↑](#footnote-ref-234)
234. - Cassation sociale 21/01/1197, N° 278 même source « parcours jurisprudence » [↑](#footnote-ref-235)
235. - Cassation sociale 25/01/1995, même source « revue de jurisprudence sociale 1995, p 265 ». [↑](#footnote-ref-236)
236. - Voir: Bernard Soine: l’analyse juridique de règlement intérieur d’entreprise, Paris 1990, P89 et 90. [↑](#footnote-ref-237)
237. - والغريب في الأمر، أن هذه الحالة، هي التي تكون منطقيا أقرب إلى ضرورة أن ترافقها كلمة العمد كشرط لاعتبارها كافية للإقدام على تسريح مرتكبيها من العمل، لكون إفشاء الأسرار قد يكون دون تعمّد، كأن يكون ذلك ناجما عن تقديم قرص معين دون قرص آخر متضمن معلومات عن سير المؤسسة. [↑](#footnote-ref-238)
238. - فقد نص المشرع الفرنسي على أن لرب العمل الحق في المطالبة بالتعويض إذا كان الخطأ متعمدا Faute intentionnelle. [↑](#footnote-ref-239)
239. - المادة 7 من قانون 90/11. [↑](#footnote-ref-240)
240. - وتختلف هذه الحالة في القانون المصري عن الحالة الثانية في القانون الجزائري 90/11، في مادته 73 في كونها تتكلم عن أسرار العمل كعمل دون تقييده في كونه يخص طرقا أوتقنيات أو تكنولوجيا. [↑](#footnote-ref-241)
241. - كان هذا موقف محكمة النقض الفرنسية في قرار لها مؤرخ في 09/12/2003 تحت رقم 262186 في تعليقها على الصلاحيات الممنوحة لرئيس الجهة الإدارية Le préfet في تسخير العمال المضربين، مأخوذ من مجلة القضاء الاجتماعي، فبراير 2004، ص172. [↑](#footnote-ref-242)
242. - طبعا كان لموقف محكمة النقض الفرنسية هذا أثرا في صدور قانون 18/03/2003 انطلاقا من كون أن مناقشة مشروع القانون أمام البرلمان الفرنسي بغرفتيه، يشهد نقاشا ساخنا، يجتهد كل عضو مساند أو معارض له، بإحضار آخر البراهين والحجج لتدعيم وجهة نظره، ووجهة نظر محكمة النقض الفرنسية لها قيمتها وفعاليتها لدى أعضاء البرلمان الفرنسي الذي يغلب عليهم أنهم من خرّيجي كليات القانون الفرنسية. [↑](#footnote-ref-243)
243. - القرار مأخوذ من مجلة القضاء الاجتماعي العدد 656، 2003 ص 621. [↑](#footnote-ref-244)
244. - أنظر د/أحمد حسن البرعي : الوسيط في القانون الاجتماعي، الجزء 2 شرح عقد العمل الفردي، طبعة 2003، ص677. [↑](#footnote-ref-245)
245. - هذا إذا ما أردنا طبعا أن تدقق الأمور، ولا نعتّد إلا بحكمة النص، وهي عدم تأثير حالة السكر أو التخدير على أداء العمل وفق ما يتطلبه من عناية ودقة ومهارة. [↑](#footnote-ref-246)
246. - القرار رقم 104599 مذكور في المجلة القضائية العدد رقم 2/1994، ص125. [↑](#footnote-ref-247)
247. - القرار رقم 155985 مذكور في المجلة القضائية العدد 1/2000، ص97. [↑](#footnote-ref-248)
248. - القرار رقم 283600 مذكور في مجلة المحكمة العليا العدد 2/2004، ص193. [↑](#footnote-ref-249)
249. - ولو أن المشرع الجزائري و منذ الوهلة الأولى ذكر في المادة 73 من قانون 90/11 الحالات التي سنذكرها والمنصوص عليها في أغلب قوانين العمل في الدول المختلفة كالغياب عن العمل دون سبب مشروع، لكان واقع المؤسسات الجزائرية أحسن مما نشاهده حاليا، فالقضاء في ميدان قانون العمل الجزائري لازال تأثيره ضعيفا وغير ذي أهمية في صنع توجهات قانون العمل وشرحه واتخاذ قرارات جريئة بشأن مواضيع شائكة كموضوع التسريح، وتحقيق ما كان يصبو إليه المشرع. [↑](#footnote-ref-250)
250. - تجب الملاحظة هنا، أن وقوع الراحة الأسبوعية خلال مدة الغياب المتتالي، لا تعني تحوّل هذا الغياب إلى غياب متقطع لأن اشتراط المشرع أن يكون الغياب المتتالي أكثر من عشرة أيام، يعني بالضرورة أن يتخلله يوم راحة، لأنه لو تقطع الغياب بسبب يوم الراحة، لاستحال عمليا تطبيق هذه الحالة، لأن رب العمل ملزم باحتساب مدة عشرة أيام اعتبارا من اليوم التالي، وهو مستحيل عمليا، لأنه ملزم بمنح العامل راحة أسبوعية لا تقل عن 24 ساعة كاملة بعد ستة أيام عمل متصلة على الأكثر . [↑](#footnote-ref-251)
251. - ومثاله أن تتوقف سيارة العامل في طريق مزدحم وهو ذاهب إلى مقر عمله، أو أن تتوقف بطاريتها ولا يمكن إصلاحها إلا بعد مرور ساعتين، ممّا يعني فوات موعد التحاقه بعمله. [↑](#footnote-ref-252)
252. - أنظر د/أحمد حسن البرعي: سابق الإشارة إليه، ص 673. [↑](#footnote-ref-253)
253. - نفس المرجع: ص 676. [↑](#footnote-ref-254)
254. - أنظر الدكتور عوض حسن: التطبيقات القضائية، ص 336. [↑](#footnote-ref-255)
255. - د/أحمد حسن البرعي: سابق الإشارة إليه، ص 673. [↑](#footnote-ref-256)
256. - ونقصد بذلك أن الحركة الاقتصادية في مصر، المبنية على روح المبادرة ومبدأ سلطان الإرادة في إبرام علاقة العمل، تشهد توسعا هائلا، سمح بتطبيق أحكام قانون العمل، وملاحظة مدى قدرتها على مواجهة مشاكل عالم الشغل باستمرار، بعكس الحركة الاقتصادية الجزائرية عقب صدور قانون 90/11، التي لم تكن في مستوى تطلعات هذا القانون، الذي جاء كمحاولة لحماية الاقتصاد الوطني، إلاّ أن تقييم مدى نجاح أحكامه أو فشلها سوف لن يكون موضوعيا، بالنظر للوثيرة التي لا يزال يعتمدها الاقتصاد الجزائري، والتي لم تتخلص نهائيا من فكرة حماية طرف واحد هو العامل الأجير دون رب العمل. [↑](#footnote-ref-257)
257. - أنظر د/هدى حامد قشقوش: شرح قانون العقوبات القسم الخاص/جرائم الاعتداء على الأموال، دار النهضة العربية، طبعة 2006، ص23. [↑](#footnote-ref-258)
258. - نفس الكتاب، ص27. [↑](#footnote-ref-259)
259. - فقد لاحظت د/هدى قشقوش أن الفقه المصري لم يشغل نفسه بالتفكير في حرفية النص المصري الذي ذكر فقط منقول مملوك للغير، فأضاف الفقه كلمة "مال" إلى النص، كما لو أن المشرع ذكرها فعلا، وذلك خلافا للحقيقة، وهو اعتماد على القانون المدني الذي ينظر للحيازة على أنها ترد فقط على المال الذي يصلح لأن يكون حقا للملكية. [↑](#footnote-ref-260)
260. - أنظر د/مصطفى مرجة: التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقه والقضاء منشورات نادي القضاة، الطبعة2، ص1492. [↑](#footnote-ref-261)
261. - أنظر قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة الجزائية بتاريخ 03/08/1912 في مجموعة دالوز 1913، ص439. [↑](#footnote-ref-262)
262. -Vue son importance pour notre sujet de thèse, voici le continue de l’article 40 en français, (son punis d’un emprisonnement de six(06) mois à cinq(05) ans et du amende de 50.000DA à 500.000DA :

     1° le fait de promettre, d’offrir ou d’accorder, directement ou indirectement, un avantage indu à toute personne qui dirige une entité du secteur privé où travail pour une telle entité, en quelque qualité que ce soit, pour elle-même où pour une autre personne, afin qu’elle accomplisse où s’abstiennent d’accomplir un acte en violation de ses devoirs ;

     2° le fait, pour une personne qui dirige une entité du secteur privé où travaille pour une telle entité, en quelque qualité que ce soit, de solliciter où d’accepter, directement où indirectement, un avantage indu, pour elle-même où pour une autre personne où entité afin qu’elle accomplisse où s’abstiennent d’accomplir un acte en violation de ses devoirs ; [↑](#footnote-ref-263)
263. -انظر د/عبد الله سليمان: دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري- القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1990، ص70. [↑](#footnote-ref-264)
264. -انظر د/أحسن بوسقعية: الوجيز في القانون الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، الجزء الأول، دار هومة للطباعة6، 2007، ص444. [↑](#footnote-ref-265)
265. - د/أحسن بوسقيعة: نفس الكتاب ص 445. [↑](#footnote-ref-266)
266. - د/أحسن بوسقيعة: نفس الكتاب، ص (445-447). [↑](#footnote-ref-267)
267. - نفس الكتاب المشار إليه لـ د/أحسن بوسقيعة، ص 143. [↑](#footnote-ref-268)
268. - Voir: Jean Prodel et Michel Dani-juan, droit pénal spécial, édition Cujas, 2001, page 479. [↑](#footnote-ref-269)
269. - نفس الكتاب لـ د/أحسن بوسقيعة، ص 144. [↑](#footnote-ref-270)
270. - تنص المادة 406، من الأمر06/156 المؤرخ في 08/06/1966 المعدلة والمتممة بالقانون 06/23 المؤرخ في 20/12/2006 المتضمن قانون العقوبات على: "كل من خرّب أو هدّم، عمدا، مبان أو جسورا، أو سدودا أو خزانات، أو طرقا أو منشئات موانئ، أو منشآت صناعية، وهو يعلم أنها مملوكة للغير، وكل من تسبب سواء في انفجار آلة أو في تخريب محرك ضمن منشاة صناعية، وذلك كليا أو جزئيا، بأية وسيلة كانت، يعاقب بالسجن المؤقت من 5 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج، وإذا نتج عن الجريمة المنصوص عليها في الفقرة السابقة إزهاق روح إنسان، يعاقب الجاني بالسجن المؤبد، وإذا نتج عن هذه الجريمة جروح أوعاهة مستديمة للغير، فان العقوبة تكون السجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة وغرامة من 1.000.000دج إلى 2.000.000دج". [↑](#footnote-ref-271)
271. -انظر د/محمود نجيب حسني: جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني،المجلد2،الطبعة3، 1998، ص664. [↑](#footnote-ref-272)
272. -د/محمود نجيب حسني-نفس الكتاب،ص(676-677). [↑](#footnote-ref-273)
273. -صدر هذا المرسوم في 23/05/1993و تم تعديله و تتميمه بالأمر 96/10 المؤرخ في 14/01/1996 والقانون 03/04، المؤرخ في 17/02/2003. [↑](#footnote-ref-274)
274. -د/احسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء2، دار هومة للطبع 2008، ص201. [↑](#footnote-ref-275)
275. -د/احسن بوسقيعة: الكتاب السابق، ص 202. [↑](#footnote-ref-276)
276. - هذا التعريف ورد في حيثيات قرار لمجلس قضاء باريس المؤرخ في 15/03/1993، عن الغرفة التاسعة. [↑](#footnote-ref-277)
277. -Voir :Claude Ouarleik, contrat du travail, le lien de la loi et la jurisprudence tomel. [↑](#footnote-ref-278)
278. -Voir D/Pierre Dominique et D/Ollier: droit du travail, paris Aranud Colin, 2eme trimestre 1972, p97. [↑](#footnote-ref-279)
279. -Même ouvrage:D/Pierre Dominique et D/Ollier, p 98. [↑](#footnote-ref-280)
280. -Même ouvrage, pierre Dominique, Ollier, p 98. [↑](#footnote-ref-281)
281. -Même ouvrage, pierre Dominique, Ollier, p 99. [↑](#footnote-ref-282)
282. - القرار تحت رقم 348114، منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد 2/2006. [↑](#footnote-ref-283)
283. - Social 10/03/1965 «les juges du fond ne doivent pas se substituer au chef d’entreprise dans l’appréciation des fautes du salarié dans l’organisation des services et dans l’application du règlement intérieur »

     Une entreprise avait été conduite à la faillite par suite de graves fautes de gestion. A la suite de la fermeture des établissements, les salaries avaient agi en rupture abusive du contrat, imputant non sans raison, à des fautes commises par l’employeur,la responsabilité de leur mise en chômage. Ils avaient été entendus des premiers juges «tribunal civille 24/06/1954» mais non de la cour de Paris = = «Paris le 14/12/1954», La cour de cassation a rejeté le pourvoi elle pourrait se borner à relever l’absence de causalité adéquate entre la faute invoquée et le préjudice. Ses motifs n’on donne que plus de force à l’affirmation du pouvoir discrétionnaire du chef d’entreprise: disposition légale ne lui fait obligation de maintenir sous activité à seule fin d’assurer à son personnel la stabilité de son emploi. [↑](#footnote-ref-284)
284. -Même ouvrage : D/Pierre Dominique et D/Ollier, p 100. [↑](#footnote-ref-285)
285. -وهذا ما شهدته المؤسسات الجزائرية عندما كانت تسير وفق اقتصاد موجّه، يعطي ضمانات كافية للعمال، يمارسونها من خلال اللجان والمجالس، وفرض رؤيتهم على مدير المؤسسة، وكل ذلك تم على حساب مصلحة المؤسسة الاقتصادية، الأمر الذي تحوّل في نهاية المطاف إلى ضرر أصاب طرفي علاقة العمل معا. [↑](#footnote-ref-286)
286. -Criminelle 26/06/1962, droit social 1962,P 602, rapport patin. [↑](#footnote-ref-287)
287. -المادة 30 من قانون العمل الفرنسي. [↑](#footnote-ref-288)
288. -Le mot marchandage selon le dictionnaire encyclopédique de 2000, veut dire ce qui suit:

     Est une action de marchander pour obtenir quelque chose à meilleur prix.

     Discussion laborieuse qu’on engage dans un but plus ou moins honorable ou avouable. [↑](#footnote-ref-289)
289. - نرى انه كان على المشرع الجزائري أن يفرض وضع النظام الداخلي على كل المؤسسات دون اشتراط بلوغ عدد معين من العمال، لأن الأمر يتعلق من جهة بتعزيز سلطة رب العمل، ومن جهة أخرى توضيح إضافي لحقوق العمال وواجباتهم بحيث يقلص إمكانية ارتكابهم لأخطاء تتعلق بعدم تنفيذ التزامات معينة، أضف إلى ذلك أن هناك انتشار في الوقت الحالي للمؤسسات الصغيرة التي تشغل عددا بسيطا من العمال وتكاثرها بشكل لافت للانتباه. [↑](#footnote-ref-290)
290. 1- أنظر د/ محمد حسين منصور: دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، طبعة 2007، ص 304. [↑](#footnote-ref-291)
291. 2- أنظر د/ محمد حسين منصور: نفس الكتاب، ص 304. [↑](#footnote-ref-292)
292. 3- نفس الكتاب، ص 305. [↑](#footnote-ref-293)
293. -نصت المادة 73 قبل تعديلها على "يتم اللجوء للتسريح في الحالات المشكلة لأخطاء جسيمة يرتكبها العامل، حسب الشروط المحددة في النظام الداخلي. يحدد النظام الداخلي الشروط التي يستفيد العامل المعني ضمنها من التعويض عن التسريح المنصوص عليه في الفقرة السابقة". [↑](#footnote-ref-294)
294. -نقول ذلك، لأن رب العمل آنذاك، وفي بداية التسعينات التي أعقبت صدور دستور جديد وفكر جديد يحاول الدخول في اقتصاد السوق، لم يكن مستعدا لأن يضطلع بهذه المهمة، التي تفرض أن يكون رب العمل على دراية كافية بما تقتضيه قواعد قانون العمل. [↑](#footnote-ref-295)
295. -قرار المحكمة العليا المؤرخ في 25/12/2004، تحت رقم 283600. [↑](#footnote-ref-296)
296. - نستعمل مصطلح الهيئة المستخدمة لأنه ورد في هذه المادة، إذ لوحظ أن المشرع الجزائري يستعمل مترادفات عديدة لرب العمل عبر نصوص القانون 90/11. [↑](#footnote-ref-297)
297. -ومثال ذلك أن يتشاجر مع زميل له عقب انتقاد هذا الأخير لقدراته في إمكانية الترقية انتقادا لاذعا، مباشرة بعد صدور قانون أو تعليمة تحدد الشروط الواجب توافرها للاستفادة من هذه الترقية كاشتراط أن يكون العامل ذو بنية جسمية كافية لا يتوفر عليها العامل، أو أن يتخاصم خارج محيط المؤسسة قبل دخولها بدقائق، مع شرطي المرور، الذي سحب منه وثائق السيارة، ممّا أدى إلى تغيير مزاجه وإحداثه لخطأ تمثل في توجيه ألفاظ عنف إلى زملائه. [↑](#footnote-ref-298)
298. -قضت المحكمة العليا بقرار صادر في 13/07/2004 تحت رقم 293698 بأنه: "لا يكف إيداع النظام الداخلي لدى محكمة مقر المؤسسة الأم، لنفاذه في حق فروعها، وإنما يجب إيداعه كذلك لدى محكمة مقر الفرع". [↑](#footnote-ref-299)
299. - Circulaire ministériel français du 15/03/1983. [↑](#footnote-ref-300)
300. - Le contenu de cet article est le suivant : « le règlement intérieur est un document écrit, par lequel l’employeur fixe exclusivementles mesures d’applications de la réglementation en matière d’hygiène et de sécurité dans l’entreprise ou établissement,et notamment les instructions prévues à l’article 230-3». [↑](#footnote-ref-301)
301. - L’article 122-33 de code du travail Français dispose que « l’établissement d’un règlement intérieur est obligatoire dans les entreprises ou établissements industriels, commerciaux ou agricoles, les établissements publics à caractère industriel et commercial, les offices publiques et ministérielles, les professions libérales, les sociétés civiles, les syndicats professionnels, les sociétés mutualistes, les organismes de sécurité sociale à l’exception de ceux qui ont le caractère d’établissement public administratif, et les associations de tout organisme de droit privé quels que soient leur forme et leur objet,ou sont employés habituellement au moins vingt salariés ». [↑](#footnote-ref-302)
302. - ذلك أن واقع قانون العمل الجزائري تطور بتطور الفكر الاقتصادي الرأسمالي والتوجه نحو أفكار الخوصصة وتنامي عدد المؤسسات الخاضعة لأحكامه بشكل يختلف عن تاريخ 1990 تاريخ صدور قانون 90/11 المنظم لعلاقات العمل. [↑](#footnote-ref-303)
303. - Le résumé de l’arrêt de la cour de cassation est le suivant : « le règlement intérieur s’impose à tout les membres du personnel comme au chef d’entreprise, des lors qu’il est régulièrement prescrits, il constitue un acte réglementaire de droit privé ». [↑](#footnote-ref-304)
304. -Voir Tayeb et Djamel BELLOULA:rupture de la relation de travail, édition Dahleb, 1999, p129. [↑](#footnote-ref-305)
305. - تنصالمادة53 من قانون90/14 على ما يلي:"لا يجوز للمستخدم أن يسلط على أي مندوب نقابي، بسبب نشاطاته النقابية، عقوبة العزل أوالتحويل أو عقوبة تأديبية كيفما كان نوعها، تختص المنظمات النقابية وحدها بمعالجة الأخطاء ذات الطابع النقابي المحض". [↑](#footnote-ref-306)
306. - تنص المادة 54 من قانون 90/14 على ما يلي:"إذا أخلّ مندوب نقابي بأحكام المادة 52 أعلاه، يمكن لمستخدمه أن يباشر إجراءا تأديبيا ضده، بعد إعلام التنظيم النقابي المعني". [↑](#footnote-ref-307)
307. - وكان يجب على المشرع الجزائري وهو يعطي هذا التمييز الخاص بالعمال القائمين بمهام نقابية، أن يقصر ذلك على العمال الذين لهم أقدمية في ممارسة الحق النقابي، مكّنتهم من معرفة ما لهم وما عليهم من حقوق والتزامات، دون ترك ذلك التمييز والتفضيل في نجدة كل نقابي حديث المهمة، يقوم بأخطاء ضارة بالمستخدم.

     كما كان على المشرع من جانب أخر أن يتفطن للتناقض الذي يحدثه تطبيق هذه المواد مع المواد الأخرى في القوانين السابقة كقانون 90/11، وهي المواد التي أعطت مفهوما معينا للخطأ الدافع للتسريح، كقاعدة لا يجب مخالفتها، لأنها ترتبط بنظرة تأسيسية للخطأ المرتبط بعلاقات العمل. [↑](#footnote-ref-308)
308. - وفي رأينا كان يجب صياغة المادة 57 على النحو التالي:"تظل أحكام المواد من 54 إلى 56 أعلاه مطبقة على المندوبين النقابيين طوال السنة التي تعقب انتهاء عهدتهم النقابية، ما لم يكونوا محل إجراء تأديبي في نفس العهدة النقابية". [↑](#footnote-ref-309)
309. - نقصد بالقوانين الأخرى قانون 90/02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب المعدل والمتمم بقانون 91/27 المؤرخ في 21/12/1991، وقانون 90/14 المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي المعدل والمتمم بموجب قانون 91/30 المؤرخ في 21/12/1991. [↑](#footnote-ref-310)
310. - مبدأ الإضراب منصوص عليه في المادة 24 من قانون 90/02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب التي تنص على :"إذا استمر الخلاف بعد استنفاذ إجراءات المصالحة المنصوص عليها أعلاه، وفي غياب طرق أخرى للتسوية، قد ترد في عقد أو اتفاقية بين الطرفين، يمارس حق العمال في اللجوء إلى الإضراب وفقا للشروط والكيفيات المحدّدة في أحكام هذا القانون". [↑](#footnote-ref-311)
311. - وهنا نشير إلى أهمية أن تكون أحكام القضاء جريئة تعمل على التنسيق بين القوانين، بغية تجاوز نقائص التشريع، وما يتركه من اثر سلبي، ولن يكون ذلك ممكنا من دون تخصّص قضائي. [↑](#footnote-ref-312)
312. - ونرى أن هذا التناقض بين هاتين المادتين "المادة 73 من قانون 90/11 المعدلة والمتممة والمادة 55 من قانون الإضراب" إنما ناجم عن أن المشرع أراد من جهة أن يضع منعا كافيا للتوقف الجماعي عن العمل خرقا القانون المنظم للإضراب بالحبس لمدة معينة، دون أن يترتب عن ذلك عقوبة التسريح، مع أن الحبس يشكل عاملا سلبيا يؤدي إلى انهيار الثقة بين العامل ورب العمل وتجعل هذا الأخير يرغب في الاستغناء عن خدمات العامل المعني، وهو حق مشروع له، بعدما لاحظ ما لحق مؤسسته من جرّاء التوقف الغير مشروع، أو أن احتمالا آخر يكون المشرع قد إتّجهه، وهو أنه قصد أشخاصا من غير العمال في التوقف الغير مشروع، مع أن ذلك يجب أن يكون منظما بقواعد قانونية دقيقة. [↑](#footnote-ref-313)
313. - أنظر الإمام الشوكاني: تنقيح الفصول ، مطبعة الحلبي سنة 1937، ص 200. [↑](#footnote-ref-314)
314. - أنظر العزبن عبد السلام: قواعد لأحكام في مصالح الأنام، الجزء أ، ص 8، طبعة 1352 هـ. [↑](#footnote-ref-315)
315. - سورة المؤمنون الآية 71. [↑](#footnote-ref-316)
316. - أنظر ابن القيم الجوزية لشمس الدين بن عبد الله، الطرق الحكمية، مطبعة الآداب والمؤيد بمصر. [↑](#footnote-ref-317)
317. - أبو الوليد محمد ابن رشد بداية المجتمع ص 154، مطبعة الاستقامة القاهرة، 1371 هـ. [↑](#footnote-ref-318)
318. - أنظر ابن رجب. [↑](#footnote-ref-319)
319. - أنظر كتاب الموافقات للإمام الشاطبي، الجزء 2. [↑](#footnote-ref-320)
320. -أنظر كتاب الإمام الشاطبي: الموافقات ، الجزء 4، ص 195. [↑](#footnote-ref-321)
321. - أنظر القرطبي: "الجامع لأحكام القرآن" الجزء 2، ص 51 الطبعة الأولى دار الكتاب المصرية. [↑](#footnote-ref-322)
322. - أنظر الشيخ الإمام علاء الدين أبي الحسن: القواعد ، الجزء 1، ص 102، الطبعة الأولى 1300 هـ. [↑](#footnote-ref-323)
323. - سنن أبي داوود، باب القضاء، مطبعة السعادة 1950. [↑](#footnote-ref-324)
324. - أنظر الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية، مطبعة الآداب و المؤيد بمصر. [↑](#footnote-ref-325)
325. - أنظر كتاب المستصفى للغزالي، الجزء، 1 ص 276، المطبعة الأميرية 1322 هـ. [↑](#footnote-ref-326)
326. - أنظر الفقه الإسلامي، أساس التشريع، لجنة تجلية مبادئ الشريعة الإسلامية، ماي 1971، ص 179. [↑](#footnote-ref-327)
327. - أنظرد/حسين حامد حسان: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، طبعة 1971، ص 607. [↑](#footnote-ref-328)
328. - أنظر مجلة الأحكام العدلية، جمع وترتيب وشرح محمد سعيد مراد، أحمد يوسف العيسى، المطبعة الأميرية، بيروت1923، المادة 20. [↑](#footnote-ref-329)
329. - المادة 27 من مجلة الأحكام العدلية. [↑](#footnote-ref-330)
330. - أنظر د.قاضي سماونة، جمع الضمانات الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية 1300 هـ، ص 135 . [↑](#footnote-ref-331)
331. - المادة 26 من مجلة الأحكام العدلية. [↑](#footnote-ref-332)
332. - المادة 31 من مجلة الأحكام العدلية. [↑](#footnote-ref-333)
333. - المادة 20 من مجلة الأحكام العدلية. [↑](#footnote-ref-334)
334. - أنظر د/محمد شوقي السيد: التعسّف في استعمال الحق، معياره وطبيعته في الفقه والقضاء، وفقا لأحكام القانون المدني المصري، طبعة 1979، ص 242. [↑](#footnote-ref-335)
335. - نص قانون الالتزامات والعقود المغربي في مادته 94 على "لا محل للمسؤولية المدنية، إذا فعل الشخص بغير قصد الإضرار، ما كان له الحق في فعله، غير أنه إذا كان من شأن مباشرة هذا الحق أن يؤدي إلى إلحاق ضرر فادح بالغير وكان من الممكن تجنّب هذا الضرر أو إزالته، من غير أذى جسيم لصاحب الحق، فإن المسؤولية المدنية تقوم إذا لم يقم الشخص بما كان يلزم لمنعه أو لإيقافه. [↑](#footnote-ref-336)
336. - Cassation de la 2éme chambre civile 26/11/1953. [↑](#footnote-ref-337)
337. - وهذا سبب صياغة محكمة النفض الفرنسية لقرارها الذي بدأته بالقول أنه يمكن لممارسة الحق أن تشكل خطأ، إذا كان لممارسه،نية للإضرار.

     L’exercice d’un droit peut constituer une faute, lorsque le titulaire de ce droit à un désir de nuire. [↑](#footnote-ref-338)
338. -Voir Girard C/Polinat, conseil de prud’homme, 30/10/1974, RP, DS, juin, juillet, août 1977,P 197. [↑](#footnote-ref-339)
339. - نشير هنا إلى أن القضاء المصري أصبح يحيل الدعوى للخبير، لمعرفة مشروعية سبب إنهاء العقد، كمسائل القانون الأخرى التي يعتمد فيها على الخبير لمناقشتها، مشار إليه في "الوسيط في شرح قانون العمل الجديد لسنة 2003 "، لسعيد عبد السلام. [↑](#footnote-ref-340)
340. - أنظر رسالة لنيل دكتوراه دولة في الحقوق لدنيا مباركة: الإنهاء التعسفي لعقد العمل 1987، ص 233. [↑](#footnote-ref-341)
341. - Voir la revue de droit social,N° 12, décembre 2003 . [↑](#footnote-ref-342)
342. - Cassation social le 09/05/2000. [↑](#footnote-ref-343)
343. - Cassation social 1991. [↑](#footnote-ref-344)
344. - Voir G/ Soury: la protection du salarié, jurisprudence relative au droit disciplinaire dans l’entreprise, rapport de la cour de cassation, 2000 DocFR p 125. [↑](#footnote-ref-345)
345. - Voir l’arrêt de la cour de cassation du 23/09/2003, revue de droit social N12, 2003. [↑](#footnote-ref-346)
346. - Clinique Médico-chirurgicale, les rosiers, sis à 09 Rue BELAHA Bel Abbes, Sidi Bel Abbes. [↑](#footnote-ref-347)
347. - تم إيداع هذا النظام الداخلي أمام مفتشية العمل لولاية سيدي بلعباس، بتاريخ 15/03/2009. [↑](#footnote-ref-348)
348. - تنص المادة 01 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على :" الدعوى العمومية لتطبيق العقوبات يحرّكها ويباشرها رجال القضاء أو الموظفون المعهود إليهم بها بمقتضى القانون. كما يجوز أيضا للطرف المضرور أن يحرّك هذه الدعوى طبقا للشروط المحدّدة في هذا القانون". [↑](#footnote-ref-349)
349. - وهذا في الحقيقة يؤكد ما طرحناه بخصوص إشكالية تحديد الخطأ وتكييفه قبل أو بعد ارتكاب الوقائع، خصوصا وأن هذه الوقائع تختلف من مكان إلى آخر ومن شخص إلى آخر ومن زمن إلى آخر. [↑](#footnote-ref-350)
350. - هذا النظام الداخلي أعدّ في 16/01/2008 ومرسل لمفتشية العمل في 21/01/2008 تحت رقم 094. [↑](#footnote-ref-351)
351. - راجع المادة 59 من الأمر 66/155 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم. [↑](#footnote-ref-352)
352. - راجع المادة 125 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المشار إليه. [↑](#footnote-ref-353)
353. - هذا ما ذكره النظام الداخلي لمجموعة مؤسسات حسناوي في المادة 78، في حين أن نظام مؤسسة Tapis d’or نص في المادة 108 على أن للعامل حق محو ما صدر منه ورد اعتباره، بل دفعت رب العمل إلى ضرورة تذكير العمال المعنيين بحقهم في ذلك. [↑](#footnote-ref-354)
354. - أنظر د/حسن كبيرة: نظرية التعسف في الحق في القانون الفرنسي والمصري، طبعة 1952، ص50. [↑](#footnote-ref-355)
355. - أنظرد/نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، طبعة2008، ص275. [↑](#footnote-ref-356)
356. - Voir D/Jonrand:l’esprit des droits et leurs relativités, 1927, P 372. [↑](#footnote-ref-357)
357. - أنظر د/ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص276. [↑](#footnote-ref-358)
358. - أنظر د/أنور سلطان: التعسّف في استعمال الحق، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 17، ص105. [↑](#footnote-ref-359)
359. - Voir D/Ripert : de la règle morale, sans date de l’édition, P185. [↑](#footnote-ref-360)
360. - Voir D/Henri Capitant : de la cause des obligations, 1956, P145. [↑](#footnote-ref-361)
361. - أنظر د/نبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص280. [↑](#footnote-ref-362)
362. - نفس الكتاب، ص281. [↑](#footnote-ref-363)
363. - البحث موجود في المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 02/2001، ص21، بقلم رئيس الغرفة الاجتماعية للمحكمة العلياعبد السلام ذيب. [↑](#footnote-ref-364)
364. - القرار صدر في الملف رقم 199695 للغرفة الاجتماعية، وهو منشور على شبكة الانترنت. [↑](#footnote-ref-365)
365. - القرار صدر في الملف رقم 327214 بين مركب الأسمدة الفوسفاتية والآزوتية أسميدال وأحد عمالها "لم يشر إلى اسمه ولا إلى حرف يرمز إليه" و هو منشور على شبكة الانترنت. [↑](#footnote-ref-366)
366. - القرار صدر في الملف رقم 212611 بين المؤسسة الوطنية للإسمنت ومشتقاته والسيد (ل.ق)، منشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 1/2002 . [↑](#footnote-ref-367)
367. - القرار صدر في الملف رقم 295696، منشور في شبكة الانترنت، دون إشارة للأطراف. [↑](#footnote-ref-368)
368. - أضيفت المادة 73 مكرّر 2 بالقانون رقم 91/29 المؤرخ في 21/12/1991. [↑](#footnote-ref-369)
369. - قد يثور الإشكال بالنسبة للمؤسسات التي تشغل أقل من 20 عاملا والتي هي غير ملزمة بوضع نظام داخلي بحسب المادة 76 من قانون 90/11. [↑](#footnote-ref-370)
370. - وهذا ما لمسناه في عملية التقاضي وصدور أحكام ضد أرباب العمل بخصوص عدم احترامهم لإجراءات التسريح، فرغم ثبوت واقعة السرقة مثلا بحق عامل أجير فإنه لعدم رفع شكوى ضده في الوقت المناسب، أو لعدم استدعائه والاستماع إليه، فإن قاضي الموضوع يحكم للعامل ولو كان ذلك مساسا بحق رب العمل. [↑](#footnote-ref-371)
371. - قرار محكمة النقض الفرنسية في 22/03/1979. [↑](#footnote-ref-372)
372. - Voir la cassation sociale du 20/03/1996, cité dans l’ouvrage, Le code du travail annoté, 26eme édition 2006, cité auparavant. [↑](#footnote-ref-373)
373. - Cassation sociale le 26/11/1996. [↑](#footnote-ref-374)
374. - Cassation sociale le 26/02/1992 et le 27/03/1998. [↑](#footnote-ref-375)
375. - Cassation sociale le 10/01/1991, observations faites par le professeur savatier. [↑](#footnote-ref-376)
376. - Cassation sociale le 28/05/1997. [↑](#footnote-ref-377)
377. - Cassation sociale le 19/06/1991. [↑](#footnote-ref-378)
378. - Cassation criminelle le 16/01/1990. [↑](#footnote-ref-379)
379. - Cassation sociale le 08/01/1997 [↑](#footnote-ref-380)
380. - Cassation sociale le 23/04/2003. [↑](#footnote-ref-381)
381. - Cassation sociale le 28/01/2005 [↑](#footnote-ref-382)
382. - Cassation sociale le 28/01/2005 précité. [↑](#footnote-ref-383)
383. - Cassation sociale le 09/05/2000. [↑](#footnote-ref-384)
384. - Cassation sociale le 07/04/2004. [↑](#footnote-ref-385)
385. - مصطلح التبليغ الذي ذكره المشرع الجزائري بحثنا عنه في معجّم المصطلحات القانونية باللغة الفرنسية فوجدنا تعريفه كالتالي:

     En droit administratif : mode de publicité employé normalement en matière d’actes individuels en consistant à informer personnellement l’intéressé de la mesure en cause. - V «Publication». En droit de procédure civile. - Formalité par laquelle un acte extrajudiciaire ou un jugement est porté à la connaissance des intéressés, la notification peut selon les cas être effectuée par un huissier de justice, on parle alors de signification, où par la voie postale. Cette seconde voie n’est utilisée que quand elle est autorisée par un texte, les parties restant alors libres de lui préférer une signification. Termes juridiques, Raymond Guillien et Jean Vincent, 10éme édition, Dalloz 1995, P374. [↑](#footnote-ref-386)
386. - أنظر د/رمضان جمال كامل: الوسيط في شرح قانون العمل الجديد2003، طبعة 2004. [↑](#footnote-ref-387)
387. - و الحقيقة أن قانون العمل يحتاج إلى نصوص قانونية كلما تطلب موضوع من مواضيعه ضرورة الإجابة على ما يطرحه التطبيق العملي لعقد العمل. [↑](#footnote-ref-388)
388. - أنظر المجلة القضائية العدد 2/2001، ص41. [↑](#footnote-ref-389)
389. - معنى ذلك أن المحكمة العليا رأت أنه كان على القاضي ومادام لم يجد الخطأ مصنفا على أساس أنه خطأ خطيرا طبقا للمادة 73، فإنه وجب عليه تطبيق الجزاء المنصوص عليه في الفقرة الثانية للمادة 73 مكرر4 وهي الفقرة الخاصة بالتعسّف. [↑](#footnote-ref-390)
390. - ما لاحظناه على هذه الفقرة أن المشرع الجزائري اشترط أن يكون التسريح المتخذ خرقا للإجراءات الشكلية حتى يمكن النطق ببطلانه، ولم يشترط ضرورة أن يكون هذا التسريح مبررا وغير متعسف فيه بحيث قال:Si le licenciement d’un travailleur survient en violation، في حين كان الأجدر أن يقول Si un licenciement légitime d’un travailleur survient en violation وهذا ما قام به المشرع الفرنسي في المادة 122-14-4 من قانون العمل بحيث ميّز بين ما إذا كان للفصل سببا حقيقيا وجديا "مشروعا" مع عدم احترام الإجراءات الشكلية وهنا يقضى له بتعويض لا يتجاوز شهر واحد، وبين إذا لم يكن له أي سبب مشروع ولم يحترم الإجراءات الشكلية، فتقضي المحكمة بإعادة إدماجه مع احتفاظه بكافة مستحقاته خلال الفترة التي فصل فيها، وربما هذه الحالة الثانية هي التي تبناها المشرع الجزائري، دون أن يميز بين الحالتين، فقد يكون التسريح التأديبي مسبّبا في حق العامل ومشروعا ولكنه فقط اخترق إجراء الإخطار أو إجراء الاستماع، فهنا يجب إعطائه منحة التعويض دون أن تكون مساوية لأجرته الشهرية، وفي جانب ثاني، فإن أرباب العمل يستعصى عليهم إيجاد مخرج قانوني لإعادة طرح القضية على الأقسام الاجتماعية، مادام الحكم صدر بصفة ابتدائية ونهائية، وحتى إعادة النظر في المحتوى تصطدم مع كونه ليس تحضيريا أو تمهيديا، ومن ثم قد يبقي رب العمل على هذا العامل خشية ما يواجهه في ساحة القضاء من ضياع للوقت وتحمّل لعبء دفع هذه المنحة التعويضية، التي لم يحدّدها المشرّع الجزائري بزمن معين، بل هي مستمرة، وكأن العامل مستمر في عمله، فكان من الممكن للمشرّع الجزائري أن يعطي للقاضي الناظر في النزاع، إمكانية أمر رب العمل بإتمام الإجراء الغير محترم، ولكن ضمن الجلسات التي يعقدها قبل أن يصدر حكمه. [↑](#footnote-ref-391)
391. - و يكون إثراء الفقرة 1 من المادة 73 مكرر4 على النحو التالي: "...وبعد إبطال قرار التسريح لعدم احترام الإجراءات الشكلية، يلزم رب العمل بتصحيحها في ظرف شهرين من تاريخ النطق بالحكم، وبعد فوات هذا الأجل يدمج العامل المسرح في منصب عمله من جديد مع تمكينه من مستحقاته للمدة التي توقف فيها عن العمل، مع إعادة الطرفان إلى ما كانا عليه قبل الإقدام على التسريح إذا تبين أن التسريح فضلا عن كونه لم يحترم الإجراءات الشكلية كان سببه غير مشروع وغير جدّي". [↑](#footnote-ref-392)
392. - أنظر د/همام محمد محمود زهران: قانون العمل، عقد العمل الفردي، طبعة 2007، ص447. [↑](#footnote-ref-393)
393. - Voir le code de travail annoté, 26eme édition, 2006, ouvrage cité auparavant, P 194. [↑](#footnote-ref-394)
394. - المرجع السابق ص 273. [↑](#footnote-ref-395)
395. - وهذا أيضا يدفعنا إلى القول أن المشرّع المصري هو الآخر لم يجب على فرضية إرسال الإخطار عبر البريد الإلكتروني أو عبر الفاكس. [↑](#footnote-ref-396)
396. - نصت المادة 73 مكرر4 على ما يلي: "إذا وقع تسريح العامل مخالفة للإجراءات القانونية و/أو الاتفاقية الملزمة، تلغي المحكمة المختصة ابتدائيا ونهائيا قرار التسريح بسبب عدم احترام الإجراءات، وتلزم المستخدم بالقيام بالإجراء المعمول به، وتمنح العامل تعويضا ماليا على نفقة المستخدم، لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه كما لو استمر في عمله.وإذا حدث تسريح العامل خرقا لأحكام المادة 73 أعلاه يعتبر تعسّفيا، تفصل المحكمة المختصة ابتدائيا ونهائيا إما بإعادة إدماج العامل في المؤسسة مع الاحتفاظ بامتيازاته المكتسبة، أو في حالة رفض أحد الطرفين يمنح العامل تعويضا ماليا لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه العامل عن مدة ستة (06) أشهر من العمل، دون الإخلال بالتعويضات المحتملة. يكون الحكم الصادر في هذا المجال قابلا للطعن بالنقض". [↑](#footnote-ref-397)
397. - ما لاحظناه في بعض الأقسام الاجتماعية للمحاكم الجزائرية، أن القاضي الاجتماعي، وبمناسبة عرض العامل لقضيته المتعلقة بعدم استدعائه أو عدم سماعه أو ما إلى ذلك من الشروط الشكلية، ينطق القاضي بتعويضه بما لا يقل عن 6 أشهر من العمل مع الحكم بالتعويض، وهذا طبقا للمادة 73 مكرر4 في فقرتها الثانية التي هي خاصة بالجزاء المترتب على التعسّف في الإنهاء دون سبب مشروع، ولا تتعلق إطلاقا بعدم احترام الإجراءات الشكلية، ممّا يجعل هذه الأحكام معيبة من حيث التسبيب، والأكثر ضررا من ذلك على رب العمل أن هذه الأحكام هي ابتدائية نهائية ولا يجد المستخدم أمامه من وسيلة سوى رفع طعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وهو الأمر الذي يكلفه كثيرا من حيث الوقت وانتظار قرار المحكمة العليا، في حين يكون العامل قد باشر إجراءات التنفيذ، وحصّل على مستحقاته طالما أن الطعن بالنقض لا يوقف التنفيذ. [↑](#footnote-ref-398)
398. - أصبح مضمون المادة 7 منصوص عليه بالمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم 08/2009 المؤرّخ في 25/02/2008. [↑](#footnote-ref-399)
399. - ونصت الفقرة 2 من هذه المادة على:"...يعتبر إجراء المصالحة المنصوص عليه في الفقرة السابقة اختياريا عندما يقيم المدعى عليه خارج التراب الوطني أو حالة الإفلاس أو تسوية قضائية من قبل صاحب العمل". [↑](#footnote-ref-400)
400. - وعن كيفية الاتصال بمكتب المصالحة تنص المادة 26 من قانون 90/04 على أنه: "في إطار محاولة المصالحة الواردة في المادة 19 من هذا القانون يتم إخطار مفتشية العمل بواسطة عريضة مكتوبة أو بحضور المدعى شخصيا. وفي الحالة الأخيرة يقوم مفتش العمل بإعداد محضر بتصريحات المدعى".

     وتنص المادة 27 على: "يقوم مفتش العمل خلال ثلاثة أيام من تبليغه، بتقديم الإخطار إلى مكتب المصالحة، واستدعاء الأطراف إلى الاجتماع، تحسب مدة ثمانية (08) أيام على الأقل من تاريخ الاستدعاء إلى اليوم المحدّد لحضور الأطراف". [↑](#footnote-ref-401)
401. - الحكم الذي يصدره القاضي الاجتماعي عند تخلف محضر عدم المصالحة هو رفض الدعوى شكلا، ولا يتم التطرق لموضوعها Rejette en forme sans étudier le fond. [↑](#footnote-ref-402)
402. - أنظر مقال للأستاذة حمدان ليلى/ أستلذة التعليم العالي بجامعة وهران، كلية الحقوق، ورئيسة مخبر القانون الإجتماعي، منشور على شبكة الأنترنيت، بجريدة الوطن، على العنوان [www.Elwatan.com/ la](http://www.Elwatan.com/%20la) revue de presse, posté le 02/04/2007. ، تحت عنوان: Le Bureau de Conciliation, une institution à reconsidérer. [↑](#footnote-ref-403)
403. - أنظر د/أحميه سليمان: التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، الجزء2، ديوان المطبوعات الجامعية 11-2002، ص296. [↑](#footnote-ref-404)
404. - نقول بصفة حتمية لأن القاضي يخضع لمبدأ عدم إنكار العدالة، وبالتالي يتحتم عليه النظر في القضية المعروضة عليه دون إنكارها طبقا لما تنص عليه أحكام قانون الإجراءات المدنية الجزائري. [↑](#footnote-ref-405)
405. - وحتى لو تنازل العامل أو رب العمل عن الدعوى التي رفعها، فإنه ومع ذلك يكون حكم قضائي بالإستناد على تنازل المدعي عن مطالبه، وبالتالي فإن الذي قصده المشرّع الجزائري بالنزاع بعد نجاح المصالحة هو ذلك الذي يعرض على المحكمة. [↑](#footnote-ref-406)
406. - Le premier Alenia de cet article qui contient ces deux missions différentes, est le suivant «les conseils de prud’hommes, juridictions électives et paritaires, règlent par voie de conciliation les différends qui peuvent s’élever à l’occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu’ils emploient. Ils jugent les différends à l’égard desquels la conciliation n’a pas abouti», voir le code du travail annoté 26ème édition 2006, P 1617. [↑](#footnote-ref-407)
407. - ذكرنا النص بالتعبير الفرنسي، لأن الأمر يختلف ما بين أن ننظر في النزاعات التي تحدث بين طرفي علاقة العمل وبين أن تحكم في النزاعات التي لم تحل بالمصالحة. [↑](#footnote-ref-408)
408. - أنظر المادة 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بتاريخ 25/02/2008 تحت رقم 08/09. [↑](#footnote-ref-409)
409. - أنظر المادة 132-30 من قانون العمل الفرنسي "قانون 2004-391 المقرر في 04/05/2004، المادة 48، الجريدة الرسمية الفرنسية رقم 5. [↑](#footnote-ref-410)
410. - نصّ المشرع الجزائري فقط على ما يسمى بمجلس الوظيفة العمومية المتساوية الأعضاء conseil paritaire de la fonction publique بقانون 90/02 المؤرخ في 06/02/1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب المعدل والمتمم، مع أن النزاعات الجماعية أوجد لها طرق المصالحة والوساطة والتحكيم.

     والغريب في الأمر أن المشرع الجزائري في المادة 19/ الفقرة 3 من قانون 90/04 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، استثنى خضوع النزاعات المتعلقة بالموظفين لمكتب المصالحة، في حين ولما تعلق الأمر بالوقاية من النزاعات العمالية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب لم يتبع نفس التفريق. [↑](#footnote-ref-411)
411. -نصت على ذلك المادة 34 من قانون 90/04 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل بقولها "في حالة عدم تنفيذ اتفاق المصالحة من قبل أحد الأطراف وفقا للشروط والآجال المحددة في المادة 33 من هذا القانون، يأمر رئيس المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية و الملتمس بعريضة من أجل التنفيذ في أول جلسة، ومع استدعاء المدعي عليه نظاميا، بالتنفيذ المعجل لمحضر المصالحة مع تحديد غرامة تهديدية يومية لا تقل عن 25% من الراتب الأدنى المضمون كما يحدده التشريع والتنظيم المعمول به. غير أن هذه الغرامة التّهديدية لا تنفذ إلاّ عندما تنقضي مهلة الوفاء التي لا تتجاوز 15 يوما. يكون لهذا الأمر التنفيذ المعجل قانونا رغم ممارسة أي طريق من طرق الطعن". [↑](#footnote-ref-412)
412. - القرار صدر في الملف رقم 213831، منشور على شبكة الانترنت. [↑](#footnote-ref-413)
413. - أنظر المادة 35 من المرسوم التشريعي رقم 94/09، المؤرخ في 26/05/1994. [↑](#footnote-ref-414)
414. -أنظر المواد من 7 إلى 16 من المرسوم التشريعي 94/09، المؤرخ في 26/05/1994. [↑](#footnote-ref-415)
415. - القرار صدر في الملف رقم 299512 بين (أ.و) وشركة الآجر والقرميد، منشور على شبكة الانترنت. [↑](#footnote-ref-416)
416. - وطبعا النظام الداخلي لما يضع لجنة التأديب، ستكون مرجعيته نص المادة 77/ف2 من قانون 90/11 التي تعطي للنظام الداخلي إمكانية تحديد درجات الخطأ والعقوبات المناسبة والإجراءات التي تسمح بتطبيق ذلك. [↑](#footnote-ref-417)
417. - القرار صدر بين المؤسسة الوطنية للمياه كطاعنة ضد عامل لديها لم يشر لاسمه أو أحد رموزه، منشور على شبكة الانترنت. [↑](#footnote-ref-418)
418. - أنظر د/أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: الخطأ الجسيم للعامل، وأثره على حقوقه الواردة في قانون العمل، طبعة 1979، ص78. [↑](#footnote-ref-419)
419. - Cassation Social le 15/11/1978, Tableaux de jurisprudence, p29. [↑](#footnote-ref-420)
420. - أنظر د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: المرجع السابق، ص79. [↑](#footnote-ref-421)
421. - تنص المادة 4 من قانون 90/11 المؤرخ في 21/04/1990 على ""تحدد عند الاقتضاء، أحكام خاصة تتخذ عن طريق التنظيم، النظام النوعي لعلاقات العمل التي تعني مسيري المؤسسات و مستخدمي الملاحة الجوية والبحرية ومستخدمي السفن التجارية والصيد البحري، العمال في المنزل، الصحفيين، الفنانين، المسرحيين، الممثلين التجاريين، رياضي النخبة ومستخدمي البيوت، وذلك بغض النظر عن أحكام هذا القانون، وفي إطار التشريع المعمول به". [↑](#footnote-ref-422)
422. - القرار مؤرخ في 17/02/2004 يحمل رقم 318213 بين مسير شركة التعمير والبناء السطايفية ضد (ح.ع)، مأخوذ من كتاب قانون العمل في ضوء الممارسة القضائية، الطبعة 4 لمنشورات بارتي، ص(3،4). [↑](#footnote-ref-423)
423. - تنص المادة 615 من القانون التجاري على "لا يجوز للأجير المساهم في الشركة أن يعيّن قائما بالإدارة إلا إذا كان عقد عمله سابقا بسنة واحدة على الأقل لتعيينه ومطابقا لمنصب العمل الفعلي، دون أن يضيع منفعة عقد العمل. ويعتبر كل تعيين مخالف لأحكام هذه الفقرة باطلا. ولا يؤدي هذا البطلان إلى إلغاء المداولات التي ساهم فيها القائم بالإدارة المعين بصورة مخالفة للقانون. في حالة الدمج، يمكن أن يكون عقد العمل قد أبرم مع إحدى الشركات المدمجة".

     وتنص المادة 631 على "مع مراعاة أحكام المادة 615، فإنه لا يجوز للقائمين بالإدارة أن يحصلوا من الشركة على أية أجرة دائمة كانت أم غير دائمة، ماعدا الأجور المبينة في المواد 632 و633 و634 و639 أدناه. ويعتبر باطلا كل قرار مخالف لذلك". [↑](#footnote-ref-424)
424. - تنص المادة 20 من قانون 90/04 المؤرخ في 06/02/1990 على "مع مراعاة أحكام المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية تنظر المحاكم الفاصلة في المسائل الاجتماعية فيما يلي:

     - الخلافات الفردية للعمل والناجمة عن تنفيذ أو توقيف أو قطع علاقة عمل أو عقد تكوين أو تمهين - كافة القضايا الأخرى التي يخولها لها القانون صراحة".نشير إلى أن نص المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية أصبح منظما بالمادة 800 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المؤرخ في 25/02/2008، تحت رقم 08/09. [↑](#footnote-ref-425)
425. - النص الفرنسي الذي استعمل مصطلح La rupture abusive كان الأقرب للدقة لأن مصطلح الإنهاء La rupture ينطبق على رب العمل وعلى العامل الذي يمكنه أيضا التخلص من العقد الذي يربطه بالمستخدم عن طريق الاستقالة. [↑](#footnote-ref-426)
426. - فبالرغم من توقف الرجوع على شرط موافقة الطرفين دون اعتراض أحدهما إلا أنه رجوع منصوص عليه قانونا بعكس ما ندرسه حاليا بخصوص المسيّر. [↑](#footnote-ref-427)
427. - القرار يحمل رقم 259982 بين ديوان الترقية والتسيير العقاري و(ك.ي) منشور في الطبعة الرابعة لقانون العمل "منشورات بارتي 2008". [↑](#footnote-ref-428)
428. - ارجع لقرار المحكمة العليا، المؤرخ في 17/02/2004، رقم 318213 المذكور سابقا. [↑](#footnote-ref-429)
429. - تنص المادة 53 من قانون 90/14 على "لا يجوز للمستخدم أن يسلط على أي مندوب نقابي، بسبب نشاطاته النقابية، عقوبة العزل أو التحويل أو عقوبة تأديبية كيفما كان نوعها. تختص المنظمات النقابية وحدها بمعالجة الأخطاء ذات الطابع النقابي المحض". [↑](#footnote-ref-430)
430. - تنص المادة 54 من قانون 90/14 على ما يلي: "إذا أخل مندوب نقابي بأحكام المادة 52 أعلاه، يمكن لمستخدمه أن يباشر إجراءا تأديبيا ضده، بعد إعلام التنظيم النقابي المعني". [↑](#footnote-ref-431)
431. - القرار يحمل رقم 310840 بين ديوان المساحات المسقية وأحد عمالها المنتمي لتنظيم نقابي، منشور على الموقع الرسمي للمحكمة العليا بالانترنت. [↑](#footnote-ref-432)
432. - تنص المادة 55 من قانون 90/14 على ما يلي: "لا يجوز للمستخدم اتخاذ أي إجراء تأديبي ضد نقابي خرقا للإجراء المنصوص عليه في المادة 54 أعلاه". [↑](#footnote-ref-433)
433. - تنص المادة 56 من قانون 90/14 على ما يلي: "يعد كل عزل لمندوب نقابي، يتم خرقا لأحكام هذا القانون، باطلا، وعديم الأثر. ويعاد إدماج المعني بالأمر في منصب عمله و تردّ إليه حقوقه، بناءا على طلب مفتش العمل، وبمجرد ما يثبت هذا الأخير المخالفة. في حالة رفض مؤكد من قبل المستخدم للامتثال في أجل (8) ثمانية أيام، يحرر مفتش العمل محضرا بذلك ويخطر الجهة القضائية المختصة التي تبث في أجل لا يمكن أن يتجاوز ستين (60) يوما، بحكم نافذ، بصرف النظر عن الاعتراض أو الاستئناف". [↑](#footnote-ref-434)
434. - في قاموس الموسوعة الفرنسية اضطلعنا على مصطلح Préavis فوجدناه يعني «Devant» marquant l’antériorité spatial ou temporelle الفترة التي تعني تواجد شيء قبل شيء آخر «antériorité »  وأن مصطلح préavis هو تحذير مسبّق قبل الإقدام على ممارسة حق التسريح، وهو التحذير الذي نجده بمناسبة ممارسة حق الإضراب إذ يجب احترام مدة معينة بين الإعلان عن الإضراب، وممارسته فعلا، الموسوعة الفرنسية Larousse Bords /HER 1999/2000، ص (74، 1252). [↑](#footnote-ref-435)
435. - أنظر Lamy social 1995، صفحة 1126. [↑](#footnote-ref-436)
436. - قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار مؤرخ لها في 25/05/78 عن غرفتها الاجتماعية بما يلي: "حيث وبالفصل في قضية الحال دون البحث فيما إذا كان البقاء في منصب العمل رغم انتهاء أجل مهلة العطلة كان بطلب العامل ولمصلحته وهو الذي دفع رب العمل للاحتفاظ به لمدة قصيرة، الأمر الذي لم يؤدي إلى مهلة عطلة جديدة، يكون قضاة الموضوع غير مستندين لما اشترطته المادةL 122/9، من قانون العمل الفرنسي. [↑](#footnote-ref-437)
437. - ونقصد من ذلك أن مهلة العطلة قد يعطيها العامل لرب العمل بمناسبة رغبته في الاستقالة وهو موضوع آخر ليس هناك مجال لدراسته حاليا. [↑](#footnote-ref-438)
438. - نصت المادة 73/6 من قانون 90/11 المعدل والمتمم على "للعامل المسرح الحق طوال مدة مهلة العطلة في ساعتين كل يوم قابلتين للجمع ومأجورتين حتى يتمكن من البحث عن منصب عمل آخر. ويمكن الهيئة المستخدمة أن تفي الالتزام بإعطائها مهلة عطلة للعامل المسرح بدفعها مبلغا مساويا للأجرة الكلية، الذي يكون قد تقاضاه طوال المدة نفسها. لا يحرر التوقف عن نشاط الهيئة المستخدمة من التزامها باحترام مهلة العطلة". [↑](#footnote-ref-439)
439. - وحتى المادة 73/5 التي تحدثت عن مهلة العطلة تحدثت عن المدة الدنيا التي يترك أمر تحديدها للاتفاقيات أو والاتفاقات الجماعية دون أن تشير إلى أمر آخر، حتى فيما يخص المدة القصوى لعطلة المهلة مادام أنها أثارت المدة الدنيا. [↑](#footnote-ref-440)
440. - القرار موجود في Lamy social 1995، تحت رقم 72/40/547، ص1127. [↑](#footnote-ref-441)
441. - القرار موجود في Lamy social 1995، تحت رقم 82/40/417، ص1127. [↑](#footnote-ref-442)
442. - Voir D/Jean Pélissier, Bernadette Lardy- Pélissier, Lysiane Tholy, le code du travail annoté, 26emeedition 2006, P 165.القرار مشار أنه مأخوذ من نشرة الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخة في 6/11/1975. [↑](#footnote-ref-443)
443. - نفس الكتاب، ص165، القرار مشار أنه مأخوذ من نشرة الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخة في 28/06/1989. [↑](#footnote-ref-444)
444. - نفس الكتاب، ص165، القرار مشار أنه مأخوذ من نشرة الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في نفس السنة 1968 تحت رقم 509. [↑](#footnote-ref-445)
445. - نفس الكتاب، ص165، القرار مشار أنه مأخوذ من نشرة الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية رقم 10 في مجلة القضاء الاجتماعي 04/2003، رقم 466. [↑](#footnote-ref-446)
446. - نفس الكتاب ص 165، القرار مشار أنه مأخوذ من مجلة القضاء الاجتماعي رقم 8، 9/94، رقم 978. [↑](#footnote-ref-447)
447. - نفس الكتاب، ص165، القرار مشار أنه مأخوذ من كتاب دالوز للمعلومات السريعة 1993، رقم 14، في مجلة القضاء المرحلي المنظم. [↑](#footnote-ref-448)
448. - نفس الكتاب، ص165، مشار أنه مأخوذ من نشرة الغرفة المدنية، رقم 299، و القانون الاجتماعي 1996، ص982 في مجلة القضاء الاجتماعي 10/96 رقم 1040. [↑](#footnote-ref-449)
449. - أنظر مجلة القضاء الاجتماعي العدد 4/1999، رقم 477. [↑](#footnote-ref-450)
450. - أنظر مجلة القضاء الاجتماعي العدد 11/1999، رقم 1370. [↑](#footnote-ref-451)
451. - قرار محكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 10/06/2003 مأخوذ من مجلة القضاء الاجتماعي العدد 8-9/03، رقم 1006. [↑](#footnote-ref-452)
452. - وهو النوع الذي ينص عليه المشرّع الجزائري بحسب ما لاحظناه عند تقييم الأخطاء بحسب الآثار التي تتركها، فبالنسبة للقانون الفرنسي فإن الخطأ الجسيم la faute lourde و زيادة على كونه لا يترك إمكانية استمرار العامل في عمله فإنه يؤدي إلى إمكانية أن يطالب رب العمل للعامل، بالتعويض. [↑](#footnote-ref-453)
453. - مأخوذ من مجلة الأسبوع الاجتماعي La semaine social لسنة 1993، رقم 643، ص20. [↑](#footnote-ref-454)
454. - أنظر مجلة القضاء الاجتماعي العدد 11/2000، رقم 1080. [↑](#footnote-ref-455)
455. - أنظر مجلة القضاء الاجتماعي العدد 12/2004، رقم 1329. [↑](#footnote-ref-456)
456. - أنظر مجلة القضاء الاجتماعي العدد 05/1996، رقم 506. [↑](#footnote-ref-457)
457. - ولعل هذا ما أخذ به المشرّع الجزائري عندما نص في المادة 73/06 الفقرة الثانية من قانون 90/11 المعدل والمتمم على "... ويمكن الهيئة المستخدمة أن تفي الالتزام بإعطائها مهلة عطلة للعامل المسرح بدفعها مبلغا مساويا للأجرة الكلية الذي يكون قد تقاضاه طوال المدة نفسها...". [↑](#footnote-ref-458)
458. - أنظر نشرة الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية رقم 37. [↑](#footnote-ref-459)
459. - أنظر مجلة القضاء الاجتماعي العدد 06/2005، رقم 621. [↑](#footnote-ref-460)
460. - أنظر مجلة القضاء الاجتماعي العدد 03/91، رقم 327. [↑](#footnote-ref-461)
461. - أنظر كتاب Le code du travail annoté، 26emeédition سابق الإشارة إليه، ص169. [↑](#footnote-ref-462)
462. - أنظر قرار محكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 20/04/2005 تحت رقم 04-45-683 مشار إليه في مقال للفقيه Christophe radé، منشور في مجلة القانون الاجتماعي العدد 02 لسنة 2005، ص933. [↑](#footnote-ref-463)
463. - نصت على هذه الشروط المادة 122/9 من قانون العمل الفرنسي بقولها:

     « Le salarié lié par un contrat de travail à durée indéterminé et qui est licencié alors qu’il compte deux ans d’ancienneté interrompue au service du même employeur a Droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité minimum de licenciement. Le taux de cette indemnité, différent suivant que le motif du licenciement est le motif prévu à l’article L321-1 ou un motif inhérent à la personne du salarié, et ses modalités de calcul, en fonction de la rémunération brute dont il bénéficiait antérieurement à la rupture du contrat de travail, sont fixés par voie réglementaire». [↑](#footnote-ref-464)
464. - سنقوم لاحقا بتفصيل ما ورد في المادة 122/9 من قانون العمل الفرنسي. [↑](#footnote-ref-465)
465. - بينما وبخصوص مهلة العطلة، فإنه تم ذكرها في نص منفرد وهو المادة 73/5 من قانون 91/29 التي نصت على: "يخول التسريح للعامل الذي لم يرتكب خطأ جسيما، الحق في مهلة العطلة التي تحدد مدتها الدنيا في الاتفاقات أو الاتفاقيات الجماعية". [↑](#footnote-ref-466)
466. - نص المشرّع الفرنسي على شرط الأقدمية في المادة 122/10 من قانون العمل الفرنسي. [↑](#footnote-ref-467)
467. - تنص المادة 73/4/ف2 من قانون 90/11 على "... تفصل المحكمة المعنية ابتدائيا ونهائيا إما بإعادة إدماج العامل في المؤسسة مع الاحتفاظ بامتيازاته المكتسبة أو في حالة رفض أحد الطرفين يمنح للعامل تعويضا ماليا لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه العامل عن مدة ستة أشهر من العمل، دون الإخلال بالتعويضات المحتملة...". [↑](#footnote-ref-468)
468. - اقترحنا 3 أشهر في الحالة الثانية تماشيا مع منطق الموازنة في حماية مصالح الطرفين، العامل ورب العمل خصوصا وأن هذا الحق سينجم عن مفاوضات شاقة بين الطرفين. [↑](#footnote-ref-469)
469. - فعدم تمكّن العمل من تقديم مردود طيب في عمله بحسب التقديرات التي يتصورها رب العمل يوم إبراء العقد معه، تعطيه إمكانية إنهاء هذا العقد، خصوصا إذا أعطاه فرصا إضافية لإثبات قدراته دون جدوى. [↑](#footnote-ref-470)
470. - وقد يستمد القاضي سلطته في تعديل مبلغ التعويض من المادة 122 من القانون المدني الجزائري التي تعطى للقاضي إمكانية النطق بمبلغ معين للتعويض. [↑](#footnote-ref-471)
471. - والدليل على ذلك أن المشرّع الجزائري اكتفى بذكر مصطلح مهلة العطلة والتعويض دون ذكر شرط واحد أو شرطين للاستفادة منها ودون أن يخصص نصا قانونيا منفردا للتعويض، واكتفائه بخصوص مهلة العطلة أن تحديد مدتها الدنيا يرجع للاتفاقيات والاتفاقات الجماعية "المادة 73/5 من القانون 90/11". [↑](#footnote-ref-472)
472. - Le contenue de l’alinéa1 de l’article 122/9 est le suivant «le salarié lié par un contrat de travail à durée indéterminée et qui est licencié alors qu’il compte deux ans d’ancienneté ininterrompue au service du même employeur à droit, sauf en cas de faute grave à une indemnité minimum de licenciement...». [↑](#footnote-ref-473)
473. - وهو شرط منطقي في نظرنا اعتبارا من أن التعويض لا يكون إلا نتيجة ما قام به العامل من مجهودات وإخلاص ومثابرة على إنجاح مشروع رب العمل، وبالتالي فهو يشكل اعترافا نفسيا من المستخدم اتجاه العامل، ولن يتحقق ذلك إذا كانت المدة أقل من سنتين، أو أن يكون العامل قضى فترة 6 أشهر عند المستخدم (أ)، ثم 10 أشهر عند المستخدم(ب)، ثم 8 أشهر عند المستخدم(ج)الذي أقدم على تسريحه، بحيث لم يتحقق في هذه الحالة الولاء والتضحية والإخلاص نظرا لقصر المدة التي قضاها عند هذا المستخدم (ج). [↑](#footnote-ref-474)
474. - Le contenue del’alinéa 02de l’article 122/9 est le suivant : « …le taux de cette indemnité, différent suivant que le motif du licenciement est le motif prévu à l’article L321-1 ou un motif inhérent à la personne du salarié, et ses modalités de calcul, en fonction de la rémunération brute dont il bénéficiait antérieurement à la rupture du contrat de travail, sont fixés par voie réglementaire ». [↑](#footnote-ref-475)
475. - Le contenue de l’article 321/1 du code du travail français est le suivant: « Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d’une suppression ou transformation d’emploi ou (L.2005-32 du 18 janvier 2005, art 73 , J.O 19) «d’une modification, refusée par le salarié, d’un élément essentiel du contrat de travail», consécutives notamment à des difficultés économiques où à des mutations technologiques.

     Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail de l’une des causes énoncées à l’Alinéa précédent. [↑](#footnote-ref-476)
476. - في هذا الإطار و لتوضيح ما إذا كان سبب التسريح مرتبطا بشخص العامل قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها مؤرخ في 21/04/1988 بأن إنهاء رب العمل لعلاقته بالعامل الغير قادر على الوجود داخل المؤسسة لوجوده في عطلة مرض طويلة، بمثابة تسريح يفسح للعامل الحق في الحصول على التعويض القانوني، أو على التعويض الوارد في الاتفاقيات الجماعية إذا كان ذلك أفضل له. [↑](#footnote-ref-477)
477. - أنظر الجريدة الرسمية الفرنسية رقم 5، المتضمنة المرسوم التنفيذي 2002/785، المؤرخ في 03/05/2002. [↑](#footnote-ref-478)
478. - أنظر تاريخ صدور المرسوم التنفيذي الفرنسي في الصفحة السابقة. [↑](#footnote-ref-479)
479. - القرار صادر في الملف رقم 159386 بين المؤسسة الوطنية للتوضيب بالورق والسيد (ب.ل)، منشور في المجلة القضائية، رقم 02/1998 الصادرة عن المحكمة العليا. [↑](#footnote-ref-480)
480. - تنص المادة 18 من قانون 90/11 على ما يلي "يمكن أن يخضع العامل الجديد توظيفه لمدة تجريبية لا تتعدى ستة (06) أشهر، كما يمكن أن ترفع هذه المدة إلى اثني عشر (12) شهرا لمناصب العمل ذات التأهيل العالي. تحدد المدة التجريبية لكل فئة من فئات العمال أو لمجموعة العمال عن طريق التفاوض الجماعي". [↑](#footnote-ref-481)
481. - تنص المادة 19 من قانون 90/11 على ما يلي "يتمتع العامل خلال المدة التجريبية بنفس الحقوق التي يتمتع بها العمال الذين يشغلون مناصب عمل مماثلة ويخضع لنفس الواجبات، و تؤخذ هذه المدة بعين الاعتبار في حساب الأقدمية لدى الهيئة المستخدمة، عندما يثبت في منصب عمله، إثر انتهاء الفترة التجريبية". [↑](#footnote-ref-482)
482. - تنص المادة 20 من قانون 90/11 على "يجوز لأحد الطرفين أن يفسخ في أي وقت علاقة العمل خلال المدة التجريبية دون تعويض ومن غير إشعار مسبق". [↑](#footnote-ref-483)
483. - القرار صادر في الملف رقم 132163 بين المؤسسة الوطنية للزجاج و(ب.ع) منشور في م.ق في العدد 1/97. [↑](#footnote-ref-484)
484. - القرار صدر في الملف رقم 211422، منشور في الطبعة الرابعة لقانون العمل 2008 عن بارتي للطبع، ص11. [↑](#footnote-ref-485)
485. - تنص المادة 66 من قانون 90/11 على مايلي:" تنتهي علاقة العمل في الحالات التالية:

     البطلان أو الإلغاء القانوني.

     انقضاء أجل عقد العمل ذي المدة المحدودة.

     الاستقالة.

     العزل.

     العجز الكامل عن العمل، كما ورد تحديده في التشريع.

     التسريح للتقليص من عدد العمال.

     إنهاء النشاط القانوني للهيئة المستخدمة.

     التقاعد.

     الوفاة." [↑](#footnote-ref-486)
486. - أنظر أ/د همام محمد محمود زهران: قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2007، ص457. [↑](#footnote-ref-487)
487. - أنظر نفس الكتاب للدكتور همام محمد محمود زهران، ص457. [↑](#footnote-ref-488)
488. - تنص المادة 130 من قانون العمل المصري رقم 12/2003 "يلتزم صاحب العمل أن يعطي العامل دون مقابل عند انتهاء عقده وبناءا على طلبه شهادة يبين فيها تاريخ التحاقه بالخدمة و تاريخ انتهائها، و نوع العمل الذي كان يؤديه، والمزايا التي كان يحصل عليها. وللعامل أن يحصل من صاحب العمل دون مقابل على شهادة بتحديد خبرته وكفاءته المهنية وذلك أثناء سريان العقد وفي نهايته. ويجوز بناءا على طلب العامل تضمين الشهادة مقدار الأجر الذي كان يتقاضاه وسبب إنهاء علاقة العمل. ويلتزم صاحب العمل أن يرد للعامل عند انتهاء عقده ما يكون قد أودعه لديه من أوراق أو شهادات أو أدوات فور طلبها". [↑](#footnote-ref-489)
489. - وهو الطلب الذي لم يشترطه المشرع الجزائري، والذي دفعنا إلى القول بأن شهادة العمل يفترض أن يتم تسليمها مع قرار التسريح بحسب ظاهر النص القانوني الجزائري. [↑](#footnote-ref-490)
490. - وهذا التوضيح لم يرد في المادة 67 من قانون 90/11. [↑](#footnote-ref-491)
491. - Le contenue de cet article est le suivant «l’employeur doit, à l’expiration du contrat de travail, délivrer au travailleur un certificat contenant exclusivement la date de son entrée et celle de sa sortie, et la nature de l’emploi ou, le cas échéant, des emplois successivement occupés ainsi que les périodes pendant les quelles ces emplois ont été tenus. Sont exempts de timbre et d’enregistrement les certificats de travail délivrés aux salariés même s’ils contiennent d’autres mentions que celle prévus à l’alinéa 1er du présent article, toute les fois que ces mentions ne contiennent ni obligations, ni quittance ni aucune autre convention donnant lieu au droit proportionnel. La formule «libre de tout engagement» et toute autre constatant l’expiration régulière du contrat de travail, les qualités professionnelles et les services rendus sont comprises dans l’exemption. [↑](#footnote-ref-492)
492. - راجع المادة 130 من قانون العمل المصري المذكورة سابقا. [↑](#footnote-ref-493)
493. - Voir : Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jummaud, droit du travail 20eme édition 2001 Dalloz,P547. [↑](#footnote-ref-494)
494. - Voir : Le professeur IWR. Kurt Pärli dans son article à l’institut pour le droit économique et le droit de sécurité sociale à l’université de Zürich «Faculté de droit». [↑](#footnote-ref-495)
495. - القرار رقم 307768، المؤرخ في 06/07/2005، منشور على شبكة الانترنت. [↑](#footnote-ref-496)
496. - وهذا ما يدفع إلى ضرورة تعديل المادة 73 مكرر بشكل يوضح متى يتم التعبير عن الرغبة في إرجاع العامل أو عدم وجود تلك الرغبة لدى أحدهما، حتى إذا ما وصل إلى علم القاضي وجود تلك الرغبة أو عدم وجودها، ضمّن حكمه قضاءا متناسبا مع تلك الوضعية. [↑](#footnote-ref-497)
497. 1– أنظر د/ حسن كبيرة: مرجع سابق الإشارة إليه، ص 817. [↑](#footnote-ref-498)
498. 1– أنظر د/ محمود سلامة جبر: الإنهاء التعسّفي لعقد العمل، ص 220. [↑](#footnote-ref-499)
499. 1– أنظر د/ محمود سلامة جبر، نفس الكتاب، ص 227. [↑](#footnote-ref-500)
500. 2– انظر د/ حسين كبيرة: أصول قانون العمل (عقد العمل) الطبعة الثالثة 1983، ص 830. [↑](#footnote-ref-501)
501. 1 - Voir D/ Kamarlynck et Lyon Caen, droit de travail, édition 1969, Page 217 et 218. [↑](#footnote-ref-502)
502. 2 -Voir D/ Bernard Soinne, l’analyse juridique de règlement intérieur d’entreprise, Page 89 et 90. [↑](#footnote-ref-503)
503. 1– انظر د/ محمود جمال الدين زكي: المرجع السابق، ص 1156، و د/ فتحي عبد الصبور: الوسط في قانون العمل، تشريع العمل وعلاقات العمل الفردية، طبعة 1985، ص 838. [↑](#footnote-ref-504)
504. 1– انظر د/ محمود سلامة جبر: سابق الإشارة إليه، ص240. [↑](#footnote-ref-505)
505. 2- قرار محكمة النقض المصرية، مؤرخ في 24/04/1963. [↑](#footnote-ref-506)
506. 1– انظر د/ عصمت الهواري: المرشد في قانون العمل الموحد 1959، الجزء2، ص 102. [↑](#footnote-ref-507)
507. 1– انظر د/ محمود سلامة جبر: سابق الإشارة إليه ، ص244. [↑](#footnote-ref-508)
508. 2–قرار محكمة النقض المصرية مؤرخ في 17/04/1971. [↑](#footnote-ref-509)
509. 3- انظر د/ محمود سلامة جبر: سابق الإشارة إليه، ص245. [↑](#footnote-ref-510)
510. - ظهر هذا الغموض في قرار المحكمة العليا الذي أشرنا إليه والذي اعتبر أن تلك الإجراءات المنصوص عليها في الفقرة1 من المادة 73/4 تتعلق بالتسريح لأسباب اقتصادية، وكنا قد قدمنا ملاحظتنا بشأن هذا الموقف. [↑](#footnote-ref-511)
511. - وهو نوع غير موجود طالما أن المادة 72 من قانون 90/11 كانت تتكلم عن التسريح الفردي قبل أن يتم إلغائها خطأ بنص المادة 35 من المرسوم التشريعي 94/09. [↑](#footnote-ref-512)
512. - وهذا كله ناجم في رأينا عن الوتيرة المتقدمة التي جاء بها قانون 90/11 دون الأخذ في الحسبان الوتيرة البطيئة في تحول المؤسسات الجزائرية إلى اقتصاد السوق والمنافسة، ومدى اقتناع كل الأطراف المؤثرة في علاقات العمل بجدوى الرجوع لمبادئ وأهداف قانون العمل في الدول الرأسمالية المتمثلة أساسا في الحفاظ على سلطة رب العمل وأحقيته في التسريح. [↑](#footnote-ref-513)
513. - أشرنا إلى دلك سابقا في قرار 21/03/2001 تحت رقم 213831 صادر عن المحكمة العليا، الذي رأى أن المقصود بتلك الإجراءات القانونية و/أو الاتفاقية الجماعية تتعلق بالتسريح لأسباب اقتصادية، كنا قد بينا موقفنا منه بعدم الاتفاق مع ما استخلصته المحكمة العليا. [↑](#footnote-ref-514)
514. - قرار 15/12/2004 تحت رقم الملف 283600 مشار إليه سابقا [↑](#footnote-ref-515)
515. - التعليق هو للمستشار المقرر رحابي أحمد في القرار المذكور 283600، المؤرخ في 15/12/2004 موجود في المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد 2/2004. [↑](#footnote-ref-516)