

العنوان: التعسف في إنهاء عقود العمل محددة المدة بين تطبيق نظام
الفسخ والتسريح.

الاسم واللقب: زوية عز الدين

الرتبة العلمية: أستاذ مساعد أ كلية الحقوق السعيد حمدين جامعة
الجزائر 1

التخصص: قانون خاص

رقم الهاتف: 0778325985

البريد الإلكتروني: azzeddine.zouba@live.fr

المخلص:

لم ينظم المشرع الجزائري طرق إنهاء عقد العمل محدد المدة، مكتفيا بتحديد الحالات القانونية لإبرامه، والاثار المترتبة على مخالفة صاحب العمل للقيود أو الضوابط المتعلقة باللجوء اليه، ما يطرح التساؤل حول الحالات المشروعة والحالات الغير قانونية لإنهائه، ومدى خضوعه في ذلك أمام غياب موقف المشرع الى القواعد العامة الواردة في التقنين المدني، أم الى أحكام قانون علاقات العمل، خاصة في حالة إعادة التكيف القضائي للعقد المبرم من محدد الى غير محدد المدة، وحول موقف القضاء الجزائري والقوانين المقارنة من هذه الإشكالات.

Résumé:

Le législateur algérien n'a pas réglementé les moyens de la rupture de contrat du travail à durée déterminée, à l'exception de déterminer les cas juridiques à conclure, et les effets de la violation des restrictions ou des limites par l'employeur, ce qui pose la question sur les cas légitimes et les cas illégaux de mettre fin à ce contrat ,et avec l'absence de la position du législateur, est ce qu'il subit aux règles générales contenues dans le code civil, ou aux dispositions de la loi relative aux relations du travail ,spécialement dans le cas de la requalification judiciaire de ce contrant à un contrat d'une durée indéterminée, et sur la position de la jurisprudence algérienne et les lois comparées de ces problématiques.

مقدمة: ان العقد المثالي هو العقد غير المحدد المدة بالتوقيت الكامل، فقد كان القانون الأساسي العام للعامل مرتبط أساسا بهذه الفكرة التي تحقق

مطلبا دستوريا وهو حق المواطن في العمل¹، فالاهتمام الخاص الذي أولاه المشرع لهذه الفكرة يجد أساسه في ضرورة التعامل بحذر كبير مع كل عقد يمكن أن يخرج عن دائرة العقد المثالي من خلال إخضاعه لأحكام استثنائية خاصة منذ اصلاحات 1990²، وبالرغم من صفة المرونة التي جاء بها التشريع الجزائري في التعامل مع عقود العمل محددة المدة نتيجة سياسة الانفتاح أو الليبرالية للاقتصاد الجزائري التي أثرت على قانون العمل بصفة عامة وعلى تنظيم علاقات العمل اجمالا وعلى مدتها بصفة خاصة، من خلال محاولة اضعاف الطابع التعاقدى على علاقة العمل، ولكن تم الحفاظ على المبدأ العام الذي كان سائدا في عهد القوانين السابقة، بحيث يبقى العقد المحدد المدة عقدا استثنائيا، لذلك حاول المشرع وضع معالم هذا النوع من علاقات العمل للحد من رغبات المستثمرين، فليس لهؤلاء الحرية المطلقة في اللجوء الى ابرام هذا النوع من العقود الا في حالة توفر احدى الحالات المذكورة حصرا في المادة 12 من قانون 90-11³ السابق الذكر¹.

1-وهذا ما جسده المادتين 50 و52 من القانون رقم 78-12 مؤرخ في 05 أوت 1978، يتعلق بالقانون الأساسي العام للعامل، الجريدة الرسمية عدد 32 المؤرخة في 8 أوت 1978، ملغى، من حيث النص على أن تكون علاقة العمل غير محددة المدة كقاعدة عامة، غير أنه يمكن بصفة استثنائية، تعيين مستخدمين مؤقتين للعمل خلال مدة محددة ضمن الشروط المحددة في القانون اذا اقتضت ضرورة النشاط أو نوعه، كما أبرزت المواد 26 الى 36 من القانون 82-06 مؤرخ في 27 فيفري 1982 يتعلق بعلاقات العمل الفردية، الجريدة الرسمية عدد 02 المؤرخة في 2 مارس 1982 الملغى، الظروف التي تبرر اللجوء الى ابرام عقد العمل محدد المدة، فطبقا لإرادة المشرع لم يكن اللجوء الى عقد العمل المحدد المدة واسع الاستعمال لان سنوات التسيير الاشتراكي للاقتصاد الجزائري قد ولدت شعورا اجتماعيا بعدم قبول ابرام عقود العمل الا لمدة غير محددة. عبد السلام ذيب، عقد العمل محدد المدة، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2001، ص: 22.

-KORICHE Mohamed Nasreddine, droit du travail, tome 1, les 2 transformations du droit du travail algérien du travail entre statut et contrat, OPU, Algérie, 2009, p:135.

-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الاحكام العامة لعقد العمل الفردي، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص: 159.

-سعيد طربيت، النظام القانوني لعقد العمل المحدد المدة، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2012، ص: 18 و19.

3-تنص المادة 12 من قانون 90-11 السابق الذكر على أنه: " يمكن ابرام عقد العمل لمدة محدودة بالتوقيت الكامل أو بالتوقيت الجزئي في الحالات المنصوص عليها صراحة أدناه:-عندما يوظف العامل لتنفيذ عمل مرتبط بعقود أشغال أو خدمات غير متجددة، -عندما يتعلق الامر باستخلاف عامل مثبت في منصب تغيب

إذا كان عقد العمل غير محددة المدة ينتهي في حالة توفر احدي الحالات أو الاسباب المنصوص عليها في المادة 66 من قانون 90-11 يتعلق بعلاقات العمل²، فإننا لا نجد ضمن نصوص هذا القانون ما يحدد طرق انتهاء عقد العمل المحدد المدة، ما عدا تنظيم حالات ابرامه تنظيما ناقصا، ما يثير التساؤل في ظل غياب موقف المشرع الجزائري حول

عنه مؤقتا، ويجب على المستخدم أن يحتفظ بمنصب العمل لصاحبه، -عندما يتطلب الامر من الهيئة المستخدمة اجراء أشغال دورية ذات طابع متقطع، - عندما يبرر ذلك تزايد العمال أو أسباب موسمية، -عندما يتعلق الامر بنشاطات أو اشغال ذات مدة محدودة أو مؤقتة بحكم طبيعتها ويبين بدقة عقد العمل، في جميع الحالات مدة علاقة العمل، وأسباب المدة المقررة".

1-بمقارنة قانون 90-11 مع التشريعات السابقة نلاحظ أنه لم ينص صراحة على أن عقد العمل غير المحدد المدة هو القاعدة العامة أو الاصل ، وأن العقد المحدد المدة هو الاستثناء باعتبار أن مصطلح "الا" الوارد في المادة 11 من قانون 90-11 غير كاف لتأكيد ذلك، وهو ما حاول استغلاله المستخدمون من الناحية العملية من خلال الافراط في اللجوء الى العقود المؤقتة مخالفة للقانون بحجة أنها تساهم في تقليص البطالة، وذلك من خلال ما اصطلح على تسميته ب: "إضفاء الطابع المؤقت على علاقة العمل" وبالتالي جعل العقد المحدد المدة هو الاصل والعقد غير المحدد هو الاستثناء أي العكس، الا أن أصبحت هذه الصيغة هي أكثر اتباعا في انشاء علاقات العمل، وساعدهم في ذلك عدم وضوح و تذبذب موقف المشرع في تنظيمه و تعامله مع هذا العقد في ظل تبنيه قواعد المرونة خاصة مع تعديل المادة 12 بموجب المادة الثانية من الامر 96-21 أين أضاف حالة خامسة ضمن الحالات القانونية للجوء اليه بمبرر تشجيع الاستثمار الاجنبي، وهو ما يعتبر توسعا لا مبرر له وفق رأي البعض، اضافة الى أن الحالات المنصوص عليها جاءت عامة دون أن يمنح لها المشرع تفسير أو توضيح ما يسهل على المستخدم الخروج عليها، رغم أنه قد حاول في نص في نفس الامر تدارك ذلك من خلال النص على اخضاعه للرقابة الادارية الصارمة محاولا تدارك ذلك كما حذا حذوه القضاء الذي أعطى تفسيراً ضيقاً لهذه المادة تحقيقاً لهذه القاعدة. فطة نبالي معاشو، تأثير الظروف الاقتصادية في بروز نظام عام استثنائي، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015، ص: 636. على خلاف ذلك نلاحظ أن المادة 2-1221L من قانون العمل الفرنسي نصت صراحة على ذلك.

2-نص المشرع الجزائري في المادة 66 من القانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أفريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية عدد17 الصادرة في 25 أفريل 1990، المعدل والمتمم على أنه: "تنتهي علاقة العمل في الحالات التالية:....- انقضاء أجل عقد العمل ذو المدة المحددة...". وبالرجوع الى التشريع الفرنسي، نلاحظ أنه قام بتحديد واسعا لحالات انتهاء عقد العمل تجنباً لإهمال أو اغفال احداها، حيث نصت المادة 1-1231L من قانون العمل أن عقد العمل يمكن انهاءه بمبادرة من صاحب العمل أو العامل أي بالإرادة المنفردة لكل منهما، أو بناء على اتفاق مشترك بينهما، مع احترام مقتضيات المنصوص عليها قانونا.

أحقية العامل الذي يشتغل وفق هذه الصيغة في الاستفادة من الحماية أو الضمانات القانونية المنصوص عليها في المادة 73 مكرر 4 من قانون العمل في حالة انتهاء عقد عمله بطريقة تعسفية، أم يطبق عليه نظام الفسخ في اطار القواعد العامة الواردة ضمن التقنين المدني، مادام أن هذه الأخيرة في الاصل يستفيد من مقتضياتها العامل بموجب العقد غير محدد المدة؟.

وعليه فان هذه الدراسة تتناول خصوصية قواعد إنهاء عقد العمل محدد المدة بين تطبيق نظامي الفسخ والتسريح، ما يستدعي تحديد النظام القانوني لإنهاء عقد العمل محدد المدة بين المشروعية والتعسف، ودور القضاء في الرقابة على ممارسة المستخدم سلطته التأديبية في حالة إنهاء عقد العمل المحدد المدة، ليثور التساؤل حول فعالية هذه الرقابة في حماية العامل بالنظر الى الاثار القانونية المترتبة عن التعسف في إنهاء هذا العقد؟.

لكون أن نظام التسريح الذي يطبق فقط على عقود العمل غير محددة المدة يتضمن قواعد جد صارمة، فقد حاول أصحاب العمل تجنبها باللجوء الى ابرام عقود محددة المدة، طالما أن هذه الأخيرة لا ينطبق عليها النظام القانوني للتسريح الوارد في قانون العمل، بل نظام الفسخ الوارد في القواعد العامة للقانون المدني¹، دون ادراك أن هذا النوع من عقود العمل يتقارب مع العقود الغير محددة المدة من حيث تطبيق نظرية التعسف في الفسخ مع اثباته²، فكما رأينا فان المشرع الجزائري أحاط نظام اللجوء الى ابرام عقود العمل المحددة المدة بقواعد جد مشددة، وأعطى لمفتش العمل صلاحيات قانونية لمراقبة صحة ابرامها كما رتب على مخالفتها آثار مدنية وأخرى جزائية توقع من القضاة عند ممارسة رقابتهم على شرعية هذه العقود كل ذلك من أجل الحد من

1- فطالما أن المشرع الجزائري لم يحدد طرق إنهاء عقد العمل محدد المدة ، ما يجعله يخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني. فطة نبالي معاشو، مرجع سابق، ص: 636.

2- كان التشريع السابق يميز بصفة واضحة بين عقد العمل غير محدد المدة الذي يطبق عليه نظام التسريح وعقد العمل غير محدد المدة الذي يطبق عليه نظام الفسخ، فقد نص قانون 82-06 يتعلق بعلاقات العمل الفردية صراحة على تطبيق نظام الفسخ في حالة انتهاء عقد العمل المحدد المدة الذي يبرمه العامل المؤقت أو الموسمي في مقابل تطبيق نظام الفصل أي التسريح في حالة انتهاء عقد العمل غير المحدد المدة، من خلال اجازة توقيعه من صاحب العمل وهذا بموجب المادة 65 في مقابل حق هذا العامل الراغب في قطع علاقة عمله في فسخ عقده مع مراعاة أجل الاشعار المسبق المحدد بخمسة عشر يوما وفقا للمادة 64 منه.

التجاوزات الميدانية المتعلقة بها حفاظا على استقرار الشغل ومراعاة لحقوق العامل¹.

تعتبر هذه الجزاءات بمثابة الأثر القانوني لمخالفة قواعد أمرة من النظام العام، وعليه تقتصر في هذه الدراسة على الجزاء المدني لكونه يمثل محور اشكاليتنا.

المحور الاول-حصر تطبيق الجزاء المتضمن في المادة 73 مكرر4 على التسريح التعسفي الناتج عن العقد غير المحدد المادة كقاعدة عامة

نقول بداية أن العقد المحدد المدة ينتهي بقوة القانون بانتهاء الأجل المتفق عليه في العقد كأصل عام طبقا للمادة 66 من قانون 90-11². لكن يجوز انهاء العقد المحدد المدة قبل حلول أجله كاستثناء سواء باتفاق الطرفين المتبادل أو بالفسخ المسبق للعقد في حالة ارتكاب العامل خطأ مهني جسيم مع الأخذ في جميع الحالات بالإجراءات المقررة قانونا، كمنح مهلة الإخطار المسبق³ والتعويض عن الفسخ، ففي حالة الفسخ المسبق للعقد من طرف صاحب العمل دون صدور خطأ مهني جسيم من العامل فان الفسخ تعسفي في هذه الحالة، موجب للتعويض الذي يحدده قاضي الموضوع طبقا للقواعد العامة أي وفقا لدرجة الضرر الحاصل، وفي حالة موافقة صاحب العمل على ارجاع العامل

1- ترى المحكمة العليا أن عدم قيام مفتش العمل بدوره المقرر قانونا وهو مراقبة شرعية عقد العمل محدد المدة لا يمنع القاضي من فرض سلطته ومراقبة شرعية هذا العقد. ملف رقم 25425 قرار مؤرخ في 12-01-2004 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، الجزائر، 2005، ص: 24.

2- لم يحدد القانون 90-11 أي اجراء معين يخطر من خلاله صاحب العمل العامل برغبته في عدم تجديد العقد المحدد المدة قبل حلول أجله، اذ ينتهي العقد تلقائيا وبقوة القانون بانتهاء مدته رغم أنه جرت العادة قيام صاحب العمل بإخطار أو تنبيه العامل بانتهاء عقده قبل مدة زمنية معينة يخضع له سلطة تقديرها بموجب النظام الداخلي للمؤسسة من أجل اعلان رغبته صراحة في ذلك وقطع أي جدل يقوم في هذا الشأن وحتى يكون العامل على استعداد لذلك لنتاح له فرصة البحث عن منصب عمل آخر، وبالتالي فان الاخطار المسبق مشروط فقط في حالة انهاء العقد المحدد قبل المدة المحددة له، هذا بخلاف التشريعات السابقة حيث اشترطت المادة 62 من القانون 82-06 يتعلق بعلاقات العمل الفردية اشعار العامل أسبوعين على الأقل قبل انقضاء الاجل برغبة المؤسسة المستخدمة في عدم تجديد العقد له. أنظر: ملف رقم 154792 قرار مؤرخ في 14-10-1997 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد 55، الجزائر، 1999.

3- حيث ألزمت المحكمة العليا المستخدم بأن يوجه للعامل انذار مسبق بانتهاء عقد العمل قبل الاجل. ملف رقم 154792 قرار مؤرخ في 14-10-1997 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، نشرة القضاة، العدد 55، الجزائر، 1999، ص: 187.

ليكمل المدة المحددة في العقد فانه لا يمكن للعامل المطالبة في هذه الحالة بتطبيق المادة 73-4 من قانون 90-11 عليه بإثارة مسألة التسريح التعسفي مثلا، طالما أن هذه المادة الأخيرة تخص فقط عقود العمل الغير محددة المدة، فالعامل وفقا لهذا النوع من العقود هو المستفيد الوحيد من الحماية والمزايا التي توفرها له هذه المادة، ولا يمكنه بالتالي المطالبة بإرجاعه بصفة دائمة نتيجة لهذا التعسف أو حتى المطالبة بالتعويض وفقا لهذه المادة.

وبالتالي فإن الجزاء على فسخ عقده تعسفيا أي دون ارتكابه خطأ جسيم ينحصر فقط في تقاضيه كامل أجره خلال مدة بطالته وذلك ابتداء من يوم فصله الى غاية اعادة دمج في حالة موافقة صاحب العمل على ارجاعه ليكمل المدة المتبقية من العقد أو الى غاية تاريخ حلول أجل عقده في حالة رفض صاحب العمل لدمجه ليتم هذه المدة مع حقه في المطالبة بالتعويض عن هذا الفسخ التعسفي في الحالتين طبقا للمادة 124 من التقنين المدني شريطة اثبات الضرر الاحق به¹، وهو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا حيث مما جاء في حيثيات احدى قراراتها ما يلي: "...من الثابت قضاء أنه لا يسوغ للعامل بعد تنفيذ المستخدم الحكم القاضي بإرجاع العامل المرتبط بعقد محدد المدة المطالبة بالتعويض ولا اثاره مسألة التسريح التعسفي والادعاء برجوع العامل بصفة دائمة الى العمل مستندا الى أحكام المادة 73 مكرر 4 التي تخص التسريح التعسفي للعامل في حالة عقد العمل غير محدد المدة"²، وهو تأكيد صريح أن الحقوق والامتيازات المنصوص عليها في المادة 73 مكرر 4 لا يتمتع بها العامل المرتبط بعقد محدد المدة مقارنة مع من يكون حاملا

1- وهو ما تناوله بوضوح قانون 82-06 يتعلق بعلاقات العمل الفردية، حيث نصت المادة 67 منه أنه في حالة انتهاء صاحب العمل عقد العمل محدد المدة قبل حلول أجله أو فصله للعامل دون وجه قانوني أي فسخه تعسفيا للعقد دون ارتكاب خطأ جسيم منه بمفهوم المادة 65 يتقاضى العامل المؤقت أو الموسمي كامل أجره خلال مدة بطالته وذلك ابتداء من يوم فصله الى غاية اعادة دمج في حالة موافقة صاحب العمل على دمج ليكمل المدة المتبقية من العقد أو تاريخ حلول أجل عقده في حالة رفض صاحب العمل لدمجه ليتم هذه المدة. ولتجنب الاشكالات القضائية الذي رتبها غموض موقف المشرع الجزائري حول هذه المسألة، يلاحظ أن المادة 104 من مشروع القانون المتضمن مدونة العمل الجديدة المقدم من قبل وزارة العمل والتشغيل والضمان الاجتماعي في جويلية 2014، نصت على أنه في حالة الفسخ المسبق لعقد العمل محدد المدة من قبل صاحب العمل بدون مبرر أي دون ارتكاب العامل لخطأ مهني جسيم، يعطى الحق لهذا العامل في تعويض مالي يعادل الاجور عن الفترة الممتدة من تاريخ الفسخ الى تاريخ حلول أجل العقد.

2- ملف رقم 450715 قرار مؤرخ في 9 أفريل 2008 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2008، ص: 443.

لعقد غير محدد المدة، وهو ما جسدهته المحكمة العليا سابقا حيث مما جاء في حيثيات احدى قراراتها ما يلي: "...حيث يتبين فعلا من الحكم المطعون فيه أنه قضى بإرجاع المطعون ضدها الى منصب عملها ومنحها مبلغ مائتي ألف دينار كتعويض طبقا للمادة 73 مكرر 4 من قانون 90-11 المعدل والمتمم بالأمر 96-21 في حين أن في حالة فسخ عقد العمل محدد المدة تعسفيا يطبق القاضي القواعد العامة للقانون المدني في هذا الشأن ويأمر بإرجاع العاملة في منصب عملها لمواصلة تنفيذ العقد مع الفصل في طلب التعويض المحتمل عن الضرر الناتج عن فسخ العقد تعسفيا أو يعوضه عن المدة المتبقية عن تنفيذ العقد التي حرم منها العامل تعسفيا دون الاخلال بالتعويضات الاخرى المحتملة ولما طبق المادة 73 مكرر 4 خطأ فإنه خالف القانون وعرض حكمه للنقض"¹. كما جاء في قرار آخر ما يلي: "...حيث ثابت من الحكم المطعون فيه أن العقد الذي يربط الطاعنين المتنازعين محدد المدة وأن قاضي الدرجة الاولى لئن أصاب في اعتبار تسريح العامل تعسفيا، ذلك أن المطعون ضدها لم تحترم الاجراءات التأديبية المنصوص عليها قانونا في النظام الداخلي على أساس أن العقد محدد المدة، فإنه أخطأ لما طبق المادة 73 مكرر 4 لما أمر بإرجاع العامل الى منصب عمله وكرس له الحقوق المكتسبة في تسبيب الحكم، ذلك أن هذه المادة وحسب الاجتهاد المستقر لا تطبق الا في حالة التسريح التعسفي الناتج عن عقد العمل غير محدد المدة، وفي حالة العقد المحدد المدة فان التعويض يكون حسبما جاء في بنود العقد ذاته حسب القانون العام الخاص بالمسؤولية التعاقدية والارجاع الذي صرح به الحكم المنتقد يكون لأجل انتهاء العامل المدة المتبقية في العقد المبرم مع المطعون ضدها ليس الا..."².

1-ملف رقم 306789 قرار مؤرخ في 8 جوان 2005 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.

2-ملف رقم 33466 قرار مؤرخ في 4 جويلية 2006 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور. يلاحظ أن الاجتهادين الاخرين للمحكمة العليا قد أحسنا لما وضحا حقوق العامل في اطار عقد العمل محدد المدة من خلال عدم أحقيته في تمكينه من تطبيق المادة 73 مكرر 4 عليه ومن ثم عدم جواز اعادة ادماجه بصفة دائمة في حالة فسخ عقده تعسفيا من صاحب العمل ، لكن ما يعاب على القرار الثاني وفق رأينا استعماله عبارة **التسريح التعسفي الناتج عن عقد العمل محدد المدة** ضمن حيثياته لتمييزه عن **التسريح التعسفي الناتج عن عقد العمل غير محدد المدة** وهو ما يظهر الخطأ أو عدم الدقة في المصطلحات على اعتبار أن العامل بموجب عقد العمل محدد المدة يطبق عليه نظام الفسخ وليس التسريح ولذلك فان العبارة الأصح هي: "**الفسخ التعسفي الناتج عن عقد العمل محدد المدة**"، كذلك يظهر الخطأ في اعتباره أن التعويض يكون حسبما جاء في بنود العقد ذاته حسب

أما في حالة الفسخ المسبق للعقد بسبب الخطأ الجسيم للعامل، يتم التسريح وفقا للإجراءات القانونية ولا يترتب على صاحب العمل تنفيذ الالتزام بمهلة الاخطار والتعويض عن الفسخ، بل ينشأ لهذا الأخير أي صاحب العمل الحق في رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي سببه العامل بخطئه مع وجوب اثبات هذا الخطأ المبرر للفسخ والموجب للتعويض الذي يخضع تقديره لقاضي الموضوع¹.

المحور الثاني-حق العامل في اعادة تكييف العلاقة من محددة الى غير محددة المدة

ان جميع الحالات التي يتم فيها اللجوء الى العقود المحددة المدة لكن دون احترام شروطها كما جاءت في النظام القانوني المتعلق بالعقود المحددة المدة رتب المشرع على اغفالها أو مخالفتها جزاء اعادة تكييف أو تحويل العلاقة لمدة غير محددة أي دائمة وهذا طبقا للمادة 14 من قانون 90-11 السالف الذكر وذلك بطلب من العامل نفسه وليس من القاضي تلقائيا² ويمكن ردها الى ما يلي:

القانون العام الخاص بالمسؤولية التعاقدية والتي استعملها كمقابل لحق العامل في حالة التسريح التعسفي الناتج عن عقد العمل غير المحدد المدة في المطالبة اضافة الى اعادة الادماج بصفة دائمة بحقوقه المكتسبة، في حين أن الأصح أن التعويض في حالة الفسخ التعسفي لعقد العمل محدد المدة يكون وفقا للقواعد العامة في القانون المدني من خلال تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية وليس العقدية وبالتالي لا يكون التعويض حسبا جاء في بنود عقد العمل ذاته لأنه ليس من المتصور تحديده في العقد نفسه لخصوصية عقد العمل المبرم مع طرف ضعيف غير متساوي في المركز مع صاحب العمل ألا وهو العامل، ذلك أن قيام صاحب العمل بفسخ عقد عمل العامل المحدد المدة تسفاه دون ارتكابه خطأ مهنيا جسيما هو خطأ يستلزم لتعويضه اثبات العامل الضرر والعلاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر.

1- ترى المحكمة العليا أن رفض توقيع العامل على عقد عمل محدد المدة لا يدخل ضمن رفض تنفيذ تعليمات مرتبطة بالتزاماته المهنية، ولا يعد بالتالي خطأ مهنيا جسيما. ملف رقم 6822622 قرار مؤرخ في 2-3-2013 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الاول، الجزائر، 2013، ص: 245 و246.

2- لا يعتبر اجتهاد المحكمة العليا تطبيق المادة 12 من قانون 90-11 من النظام العام فلا يثير القاضي مخالفة نص هذه المادة تلقائيا وانما بطلب من العامل صاحب المصلحة، ومن ثم لا يعيد التكييف من تلقاء نفسه وهو ما جاء في حيثيات احدي قراراتها: "... كما لا يظهر من طلبات المطعون ضده بأنه التمس من المحكمة اعادة تكييف علاقة العمل لمخالفة العقد للمادة 12 لعدم ذكره سبب تحديد المدة كل هذه المعطيات التي لم يتضمنها الحكم المطعون فيه لا تسمح لقاضي الدرجة الاولى بأن يقضي بما قضى به ذلك أن مخالفة المادة 12 مسألة تثار من المدعي صاحب المصلحة ولا يمكن للقاضي أن يثيرها تلقائيا". ملف رقم 697035 قرار مؤرخ في 10-1-2011 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد

أولاً- ابرام عقود عمل محددة المدة خارج الحالات المنصوص عليها في
المادة 12 من قانون 90-11

ثانياً- ابرام عقد محدد المدة لكن بدون تحديد هذه المدة بدقة
ثالثاً- ابرام العقد محدد المدة دون تسبب كل من الحالة والمدة على حد
السواء

رابعاً- ابرام العقد محدد المدة مع تضمينه مدة لا توافق النشاط الذي
وظف من أجله العامل

خامساً- ابرام العقد لمدة محددة ولكن يستمر العامل في مزاولة نشاطه
بعد انتهاء الأجل مع سكوت المستخدم: وهي حالة شائعة ناجمة غي
أغلب الحالات عن اهمال المستخدمين تعرف بالتجديد الضمني للعقد،
حيث نكون أمام عقد عمل لمدة غير محددة في غياب الكتابة الى غاية
اثبات المستخدم عكس ذلك فرغم أهمية هذه الحالة فان المشرع لم
ينظمها¹، لكن استقرت المحكمة العليا على أن بقاء العامل بعد انتهاء
العقد بمنصب عمله يدل على ارادة الطرفين في ابرام عقد عمل غير
مكتوب لمدة غير محددة المدة²، فمما جاء في حيثيات احدي قراراتها

الأول، الجزائر، 2013، ص: 226-229. لكن في هذا الموقف تراجع وتناقض
صريح مع الاجتهادات السابقة التي تبنتها المحكمة العليا والتي كانت تجعل من
خلالها المادة 12 من قانون 90-11 من النظام العام. ملف رقم 171623 قرار
مؤرخ في 8 ديسمبر 2008 ذكره عبد السلام ذيب، مرجع سابق، ص: 112. وعليه
كان يتعين الثبات على هذا الموقف على اعتبار أن أحكام قانون العمل كلها من
النظام العام، وما يعزز ذلك أن المادة 146 مكرر من القانون 90-11 تجرم ابرام
عقد العمل المحدد المدة مخالفة للأحكام التشريعية خاصة المادتين 12 و12 مكرر
من قانون 90-11.

1- هذا بخلاف التشريع السابق الذي نظم بنفسه حالة التجديد الضمني للعقد محدد
المدة حيث نصت المادة 34 من قانون 82-06 أن مواصلة العامل المؤقت عمله بعد
انقضاء الأجل المنصوص عليها في المادتين 27 و32 دون أن يطلب أحد الطرفين
انهاء علاقة العمل يترتب عليه تحول العلاقة المؤقتة الى غير محددة المدة، فعدم
تحديد مدة عقد العمل المحدد المدة ولا كيفية تجديده يشكل تطبيق يبين تبني المشرع
ما يعرف بالنظام العام الاستثنائي الذي يقصد به: "اتفاق يتضمن قواعد قانونية ليس
في صالح العامل لا تحسن من الشروط وظروف عمله"، كما عرف بأنه: "عملية
قانونية يتم من خلالها احلال قاعدة مكان قاعدة أخرى بالنتيجة نشوء قاعدة
استثنائية"، أين كثرت تطبيقاته بعد الاصلاحات الاقتصادية في ظل تحويل المستخدم
سلطة تنظيم وتسيير المؤسسة الاقتصادية، في ظل انسحاب الدولة وتراجعها عن
دورها التدخل الجماعي، وبإصدار قوانين تجيز صراحة اللجوء الى تقرير أحكام
أقل نفعاً. أنظر: فطمة تالي معاشو، مرجع سابق، ص: 631-635.

2- على خلاف ذلك فان المشرع الفرنسي نظم حالة التجديد الضمني لعقد العمل
المحدد المدة وإعادة تكيفه الى عقد غير محدد المدة في المادة 11-1243 من
قانون العمل الصادر بموجب الامر رقم 2007-329 مؤرخ في 13 مارس 2007

":...حيث من الثابت أن التجديد الضمني لعقد العمل محدد المدة دون تحرير عقد عمل آخر واستمرار علاقة العمل دون تقديم ما يثبت انقطاع العامل عن العمل يجعل العقد غير محدد المدة طبقا للمادة 14 من قانون 90-11 السابق الذكر"¹، هذا بخلاف التجديد الصريح الذي وان لم ينص عليه المشرع ضمن العقود المحددة المدة ، الا أنه من جهة أخرى لم يمنعه ولم يحدد عدد المرات القصوى التي يسمح بتجديد العقد فيها²، رغم أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا استقر صراحة على امكانية تجديد العقد محدد المدة أكثر من مرة واحدة، وأن ذلك لا يجعل منه عقد غير محدد المدة بمفهوم قانون 90-11، ثم جاء الاجتهاد ليشترط عدم تخلل فترة فراغ بين عقد محدد المدة آخر لان ذلك يفتح المجال حسب القضاة الى قيام علاقة جديدة دائمة، مع الإشارة أنه في كل مرة ينبغي التأكيد أنه يجب ارجاع موضوع التجديد الى الحالات الخمسة الواردة في المادة 12، الى الفقرة الأخيرة من نفس المادة ان كانت متوفرة في العلاقة الجديدة أم لا³.

سادسا-الاتفاق شفويا على عمل مؤقت بدون ابرام عقد مكتوب: تجد هذه الحالة أساسها القانوني في المادة 11 من قانون 90-11 التي

يتعلق بتقنين العمل، دخل حيز التنفيذ في 1 ماي 2008 بعد المصادقة عليه بموجب قانون رقم 27-2008 مؤرخ في 21 جانفي 2008 المعدل، التي تضمنت عدة ضمانات للعامل في إعادة التكييف منها الاحتفاظ بأقدميته التي اكتسبها بموجب العقد المحدد بعد إعادة التكييف.

1- كما جاء في حيثيات قرار آخر: "...وعليه فانه في حالة استمرار علاقة العمل بعد أجلها المتفق عليه فلا يكون ذلك تجديدا لها، بل مولود علاقة جديدة مقترضة بدون عقد مكتوب ولمدة غير محدودة". ملف رقم 164030 قرار مؤرخ في 15-9-1998 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 2002، ص: 270.

2- ياسين بن صاري، عقد العمل محدد المدة، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2009، ص: 132.

3- حيث لم يحدد المشرع صراحة المدة القصوى التي يسمح فيها بالتجديد مثلما لم يحدد أصلا المدة القصوى لعقود العمل المحددة المدة تاركا الحرية لطرفي العلاقة في اطار حرية التفاوض والتعاقد في ظل السياسة الاقتصادية المتبناة هذا بخلاف التشريعات السابقة. لكن الشيء الجديد الذي ورد ضمن مقترح القانون المتضمن مدونة العمل الجديدة النص في المادة 26 منها على أنه لا يمكن تجديد عقود العمل المحددة المدة أكثر من ثلاثة تجديديات متلاحقة أو متتابعة رغم أنها لم تحدد المدة القصوى لعقد العمل المحدد المدة. وبالرجوع الى القانون المقارن نجد أن تشريع العمل الفرنسي من خلال المادة 8-1248L قد عالج هذه المسألة بدقة الى جانب الفقه الذي كرس مبدأ التجديد وفق قواعد دقيقة حماية لمصلحة العامل.

- PELISSIER.J, droit social, le renouvellement des contrats de travail à durée déterminée, op.cit, p:41.

تفترض في حالة انعدام العقد المكتوب أن العلاقة الدائمة لمدة غير محددة، لكن مع ذلك فإن هذه القرينة بسيطة، بحيث يمكن دائما لصاحب العمل أن يثبت عكس ذلك بكافة طرق الاثبات¹ وهذا الجزء يتعارض مع مصلحة المستخدم القانونية والاقتصادية².

المحور الثالث-التقييد القضائي الزمني لدعوى اعادة تكييف العلاقة

استقر اجتهاد المحكمة العليا على وجوب رفع دعوى اعادة تكييف عقد العمل من عقد محدد المدة الى عقد غير محدد المدة أثناء سريان العقد، وليس بعد تنفيذه بدون تحفظ و بعد انتهائه، حيث مما جاء في حيثيات احدى قراراتها ما يلي: "...كما أن المطالبة بإعادة تكييف العقد الى غير محدد المدة عملا بأحكام المادة 14 من قانون 90-11 يكون خلال سريانه وتنفيذه وليس بعد انتهائه وانتهاء علاقة العمل طبقا للمادة 66 من نفس القانون..."³ ، ومما جاء في حيثيات قرار آخر: "...حيث يتبين من الحكم المطعون فيه أن موضوع الدعوى التي أقامها المطعون ضده كان يرمي الى اعادة تكييف عقد العمل المحدد المدة المخالف للمادة 12 من القانون 90-11 لانعدام سبب تحديد المدة الى عقد غير محدد المدة عملا بأحكام المادة 14 من نفس القانون. وحيث أن في هذه الحالة تكون المطالبة بإعادة تكييف العقد المحدد المدة خلال سريان مدة تنفيذه أما وأن تنتهي علاقة العمل بانتهاء مدة العقد فلا يمكن ذلك لانقطاع علاقة العمل وزوال العقد المراد تحويله. حيث أن قاضي الدرجة الأولى لما عاين بأن علاقة العمل المحددة المدة التي بدأت

1-يستنتج وفي رأينا أن هذه القرينة بسيطة من خلال الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون 90-11 وبالتحديد من خلال عبارة "يفترض أن تكون العلاقة قائمة لمدة غير محدودة" التي تفيد لغويا وقانونيا ذلك رغم أن مصلحة العامل تقتضي جعل هذه القرينة قاطعة خاصة في ظل صعوبة قيام مفتش العمل طبقا للمادة 12 مكرر والقاضي أيضا من تفحص مشروعية تحديد مدة العقد وسبب تحديده عند غياب الكتابة، وبالرجوع الى القانون الفرنسي نلاحظ أن المادة 1221L-3 من قانون العمل قد أوجبت إبرام العقد المحدد المدة كتابة حتى وان تعلق الامر لعقد أبرم لبعض الساعات فقط والا فإنه يعتبر قد أبرم لمدة غير محددة، اذ جاءت صياغة هذه المادة واضحة ولم تتضمن ما يفيد أن هذه القرينة بسيطة وهو ما سايره موقف محكمة النقض الفرنسية الذي اعتبر أن غياب العقد المكتوب يؤدي تلقائيا الى اعادة تكييف العلاقة الى علاقة غير محددة وأن ذلك يشكل قرينة قاطعة لا يمكن دحضها بأي دليل عكسي. -ياسين بن صاري، مرجع سابق، ص: 24.

- Cassation sociale, 12 décembre 2012, Bulletin Civil , n0335, 2012.

-SAVATIER.J, la requalification des contrats à durée 2 déterminée irréguliers, RDS, n05, 1987, Paris, p:238.

3-ملف رقم 697035 قرار مؤرخ في 10-1-2011، مرجع سابق، ص: 228.

بتاريخ 14-11-2001 وانتهت بتاريخ 1-6-2002 وأن الدعوى رفعت من قبل المطعون ضده بتاريخ 30-1-2006 دون ذكر تاريخ اجراءات عدم المصالحة، وقضى بإعادة تكييف عقد العمل من محدد المدة الى غير محدد المدة فانه خالف المادة 14 من القانون وعرض بذلك حكمه للنقض والابطال دون حاجة لمناقشة الموجهين المثارين...¹، كما جاء في حيثيات قرار آخر: "... وبالرجوع الى أحكام المادة 14 من نفس القانون المذكور فان دعوى اعادة تكييف العقد المحدد المدة الى مدة غير محددة تكون أثناء سريان العقد ولما كان المطعون ضده قد رفع دعوى الحال بعد ثلاثة سنوات من تنفيذ العقد بدون تحفظ، فقااضي الدرجة الاولى لما استجاب لدعوى التسريح واعادة تكييف العقد المحدد المدة الى عقد غير محدد المدة يكون بقضائه كما فعل قد قصر في تسببب حكمه وأخطأ في تطبيق المادة 14 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل..."².

ان هذه الاجتهادات الاخيرة للمحكمة العليا جاءت مخالفة تماما لسياسة المشرع الاجتماعية التي تركز أساسا على حماية حقوق العمال ورعايتها من تأثير أصحاب العمل، وهي اجتهادات خالفت من خلالها المحكمة العليا الصواب عند تقييدها العامل بوجوب رفع دعوى اعادة تكييف عقد العمل من عقد محدد الى عقد غير محدد المدة أثناء سريان العقد، وليس بعد تنفيذه بدون تحفظ وانتهاء مدته³، كما أنها تؤدي الى

1-ملف رقم 464015 قرار مؤرخ في 03-12-2008 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.

2-ملف رقم 476502 قرار مؤرخ في 6-1-2009 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.

3-يبرز الأستاذ "عمر حمدي باشا" عدة أسباب لتبرير هذا الموقف:- ان نص المادة 14 من قانون 90-11 التي استند عليها القضاة لتبرير موقفهم من خلال تفسير مضمونها لا نجدها تشير الى هذا الشرط كما لا نجد له وجود عند استقراء نصوص قانون 90-04 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل.- بالرجوع الى نصوص قانون الاجراءات المدنية والادارية وبالتحديد الى الفصل الثاني المعنون ب" في القسم الاجتماعي"الذي يشتمل على 11 مادة وذلك من المادة 500 الى المادة 510 لا نجد أيضا ولا مادة منها تشترط هذا النوع من الشروط فالمادة 504 منه تنص فقط على مهلة ستة أشهر لرفع الدعوى الاجتماعية بينما لم تنص على وجوب رفع دعوى اعادة التكييف أثناء سريان مدة العقد، فالسقوط الذي يترتب عليه حق الدفع بعدم القبول لانقضاء الاجل المسقط وفقا للمواد 67-69 من قانون الاجراءات المدنية والادارية يتعلق بسقوط الحق في رفع الدعوى الاجتماعية وليس بسقوط الحق في رفع دعوى اعادة التكييف فهو قيد سيثقل كاهل العامل الذي يعتبر الطرف الاضعف في العلاقة لا محالة.-لم تنقيد هذه الاجتهادات بنصوص التنظيم القضائي واجراءات التقاضي التي تعتبر من النظام العام، والتي تدخل ضمن صلاحيات

عدم استقرار تطبيق الاحكام القانونية المتعلقة بعقد العمل محدد المدة وهو ما يخل بالأمن القانوني والقضائي¹.

ونحن نؤيد هذا الموقف ونعتبر هذه الاجتهادات تفتقد للأساس القانوني فهي تطلب من العامل ما لم يطلبه القانون أصلا منه ذلك أن الاستناد الى المادة 14 رغم عدم نصها على هذه المسألة هو استناد خاطئ، كما أن تبرير هذا الموقف بأن علاقة العمل قد انقطعت وأن عقد العمل المراد تحويله قد زال هو تبرير غير مقنع خاصة أننا نعلم أن تقدم الحقوق العمالية يخضع في غياب نص قانوني خاص في قانون العمل ينظمها الى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، كما أنه هذه القرارات غير منطقية على اعتبار أنه كيف نتصور أن يقوم العامل الطرف الضعيف خلال فترة سريان العقد برفع دعوى قضائية لإعادة تكيف عقده مع العقوبة المتوقعة كرد فعل وانتقام من صاحب العمل والتي لا تقل عن تسريحه فورا بمجرد توصل هذا الاخير بنسخة من محضر تبليغه بعريضة افتتاح الدعوى فهو شرط تعجيزي تضيقى الغرض منه تقليص أقصى قدر ممكن بل رفض أغلب قضايا إعادة التكيف ترضية أو استجابة لضغوطات أصحاب العمل عن طريق ممثلهم على الدولة من خلال توسيع تبني قواعد المرونة في ظل مفاهيم اقتصاد السوق وحرية التعاقد والعولمة أو ضرورة التفتح الاقتصادي لاستقطاب الاستثمارات الاجنبية والتي وصلت نداءاتها بالتأكيد الى القضاء الذي استسلم لها وهو ما يتجلى في أحكامهم وقراراتهم، لذلك كان من الاحسن على القضاة اذا رأوا ضرورة دفع العامل الى تسريع رفع هذه الدعوى أي في أقرب وقت ممكن لتاريخ تسريحه حتى لا يتقل كاهل أصحاب العمل بمثل هذه الدعاوى انتظار تعديل قانون العمل أو صدور قانون جديد يتضمن هذا القيد سواء كلياً أو جزئياً من خلال النص على مدة زمنية معينة لسقوط الحق كما حال مهلة ستة أشهر لسقوط الحق في رفع الدعوى الاجتماعية لتطبيقه، خاصة أننا نعلم أن نشاط الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا يجد له تأثير قوي في التعديلات

الدولة بمفهومها التشريعي، وبالتالي فان القاضي ملزم بالتقيد بها حرفياً دون الزيادة أو النقصان، فلا يجوز ائقال كاهل المدعي في أية دعوى قضائية بإجراء لم يطلبه القانون، أو إلزامه برفع دعواه في أجل محدد دون أن يحدد القانون لها أجلاً. حمدي باشا عمر، القضاء الاجتماعي، منازعات العمل والتأمينات الاجتماعية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص: 30-32.

1- عبد الناصر بلميهوب، تحقيق التوفيق بين المرونة والاستقرار في علاقة العمل الفردية، ملتقى دولي حول انعكاسات التحولات الاقتصادية على قانون التشغيل والحماية الاجتماعية، تحديات جديدة وأفاق على ضوء التجارب المغربية والفرنسية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 19-20 أكتوبر 2014، ص: 07.

المتكررة التي مست قانون العمل خاصة ما تعلق بمسألة اعادة الادماج من خلال الأمر 21-96 ، فلا نريد للقضاة في هذه المرة أن يتحملوا المسؤولية في حالة اقرار نص قانوني جديد يقوم بترقية هذه الاجتهادات التي تمثل تراجع عن الحقوق والمكتسبات العمالية¹، وفي الختام نقول أننا مع أي تعديل قانوني في هذا الاطار يعتبر كحل وسط اذ يتحقق من خلاله التوازن بين طرفي العلاقة، من خلال حفظ حقوق العمال لكن بشكل لا يضر أيضا بمصالح المؤسسة المستخدمة من خلال ارهاقها بدعاوى تنتافي مع المنطق خاصة اذا قيدت بعد مدد طويلة.

المحور الرابع- غموض موقف المشرع حول امكانية تطبيق المادة 73 مكرر 4 كأثر ناتج عن التكييف

أضاف المشرع الجزائري بعد أن قرر اعادة تكييف علاقة العمل المبرمة خرقا للقواعد القانونية المنظمة للعقود المحددة المدة² عبارة أخرى دون

1- اذ تم تقنين هذا الاجتهاد فعلا بموجب المادة 23 من مشروع القانون المتضمن مدونة العمل الجديدة، التي بعد أن نصت في فقرتها الثالثة أنه في حالة ابرام عقد محدد المدة غير مكتوب أو في غياب مدة وسبب تحديد مدة هذا العقد، يعتبر هذا العقد مبرما لمدة غير محددة، نصت بعد ذلك في فقرتها الرابعة على وجوب رفع دعوى اعادة تكييف عقد العمل المحدد الى عقد عمل غير محدد المدة أثناء سريان أو تنفيذ علاقة العمل.

2- يسمح تشريع العمل الفرنسي للهيئات النقابية التمثيلية باللجوء مباشرة أمام المحاكم الاجتماعية قصد الحصول على إعادة تكييف العقود محددة المدة الى غير محددة، وليس على هذه النقابات اثبات توكيلها من العامل بل يكفي اشعاره بموجب رسالة مضمونة الوصول وهو ما لا نجده في قانون العمل الجزائري وهو أمر لا يثير الاستغراب باعتبار أن الاعتراف بمثل هذه الحقوق للنقابات لا يكون الا إذا كانت لها قوة واعتبار ميداني حتى تتمكن من اقتناص مثل هذه المزايا التي هي في مصلحة العامل لا محالة. ياسين بن صاري، مرجع سابق، ص: 150. وتدعيما للضمانات أو الحماية المقررة للعامل بموجب هذا العقد نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد وضع استثناء على قاعدة وجوب المرور عبر مكاتب المصالحة لإجراء الصلح في حالة النزاع بين طرفي عقد العمل حول انتهاء عقد العمل غير محدد المدة، والتي تعتبر في الأصل مسألة أولية اجبارية، من النظام العام يستوجب القيام بها قبل المرور الى مرحلة الحكم والا تعرض الحكم للبطلان في حالة عدم مراعاتها أو عدم القيام بها وهذا طبقا للمادة 17-1454R، حيث خص دعوى إعادة تكييف عقد العمل محدد المدة بقواعد خاصة ومتميزة ، من خلال النص على أن الطلب المتعلق بإعادة تكييف علاقة العمل محددة المدة يقدم مباشرة الى مكتب الحكم دون المرور عبر مكتب المصالحة والتوجيه وهذا طبقا للمادة 2-1245L من قانون العمل الفرنسي، اذ يتعين على الجهة القضائية الفصل في أجل شهر من تاريخ إيداع الطلب، وعندئذ يمكن تنفيذ هذا الامر بصفة مؤقتة.

-PUIGELIER Catherine, droit du travail, les relations

individuelles, 2^{ème} édition, Armand Colin, Paris, 2000, p:07. –

تقديم أي شرح بشأنها وهي عبارة: "دون الإخلال بالأحكام الأخرى الواردة في القانون" وذلك في المادة 14 من قانون 90-11 فما المقصود بهذه العبارة؟، بمعنى أن التساؤل يطرح في ظل هذه المادة حول جواز تطبيق المادة 73 مكرر 4 على عقد العمل المحدد المدة في حالة إعادة تكييف العلاقة الى غير محددة المدة؟.

أمام سكوت المشرع¹ يرى الشارحون لقانون العمل أننا نصبح أمام احتمالين:

-أما أن الأحكام الأخرى يقصد بها التعويض المستحق للعامل وفقا للشرعية العامة سيما المادة 124 من التقنين المدني نتيجة تعسف المستخدم في اعطاء تكييفاً للعلاقة غير التكييف القانوني المستحق لها.
-وأما أن تتعلق هذه الأحكام بنص المادة 73 مكرر 4 من القانون 90-11 التي تفتح الحق للعامل في التعويض الناتج عن إعادة تكييف العقد بسبب عدم احترام الإجراءات القانونية المنصوص عليها بموجب المادة 73 أعلاه.

نرى أن المقصود بهذه العبارة هو التأكيد على حق العامل في حالة خرق الأحكام القانونية المتعلقة بعقد العمل المحدد المدة السابق ذكرها، وبعد إعادة تكييف العلاقة الى غير محددة المدة، فإن ذلك معناه الانتقال من تطبيق نظام الفسخ المتعلق بالعقود المحددة المدة الى التسريح المطبق فقط على العقود غير المحددة المدة، وبالتالي فتح المجال لاستفادته من تطبيق أحكام المادة 73 مكرر 4 في فقرتها الثانية والثالثة، أي تطبيق نظام التسريح التعسفي دون ارتكاب الخطأ المهني الجسيم، بمعنى أنه في حالة إعادة تكييف علاقة عمله لمخالفة صاحب العمل المادة 12 من قانون 90-11 أي إبرامه عقد عمل محدد المدة خارج الحالات القانونية الواردة حصراً في هذه المادة أو مخالفته للشروط القانونية الشكلية كتخلف الكتابة أو عدم تسبيب المدة أو الحالة، فإن القاضي المعروض عليه النزاع ينتقل عملياً وتلقائياً في إطار تطبيق هذه المادة وأمام المعطيات الجديدة في النظر في الطلب المتعلق بالإدماج أو

HEAS Franck, droit du travail, paradigme manuels, 4^{ème} édition, édition Larcier, Bruxelles, 2015-2016, p:62.

1-لقد تم سد هذا الفراغ بموجب المادة 23 من مشروع القانون المتضمن مدونة العمل الجديدة التي نصت الفقرة الخامسة منها أنه في حالة إعادة تكييف العقد من محدد الى غير محدد المدة، يأمر القاضي باحتفاظ أو بقاء العامل في منصب عمله لكن بموجب عقد غير محدد المدة، أما الفقرة الأخيرة منها فقد نصت أنه في حالة رفض صاحب العمل لحكم القاضي المتضمن إعادة التكييف وإعادة ادماج هذا العامل يستفيد هذا الأخير من تعويضات التسريح التعسفي المنصوص عليها في المادة 101 منها.

التعويض حسب الحالة من خلال استفسار كل من صاحب العمل والعمال حول موقفيهما من ذلك، وإعادة تكييف العلاقة يترتب عنه اعتبار تسريح صاحب العمل للعمال بالتعسفي وفقا لاجتهادات المحكمة العليا ما يفتح الباب لاستفادته من الحماية القانونية والضمانات أو المزايا التي توفرها المادة 73 مكرر 4 المتعلقة بخرق الضابط الموضوعي للتسريح التأديبي أي تسريح العامل دون ارتكابه خطأ مهني جسيم. وما يبرر موقفنا أنه طالما أن هذه المادة مأخوذة من التشريع الفرنسي فانه بالرجوع الى هذا الأخير نجد أنه يترتب آثار قانونية في حالة اعادة تكييف العقد لمدة غير محددة من خلال تطبيق قواعد الإنهاء السارية بالنسبة للعقود غير محددة المدة وهذا بموجب المادة 2- 1245L من قانون العمل، وبالتالي يصبح المستخدم مطالب بدفع تعويضات، والقضاء مطالب بدوره بتقدير مدى جدية وحقيقة السبب المبرر للتسريح أي التحقق من مدى شرعيته وهذا طبقا للمادة 3 -1235L من قانون العمل الفرنسي¹.

الخاتمة: نستخلص أنه كأصل عام فان قواعد الفسخ الواردة في التقنين المدني هي السارية المفعول أو المطبقة على انتهاء عقد العمل المحدد المدة في ظل غياب ما ينظم الحالات المشروعة والحالات الغير قانونية لإنهاء هذا العقد في قانون العمل، حيث يترتب على انتهاء صاحب العمل العقد محدد المدة قبل حلول أجله دون ارتكاب العامل لخطأ مهني جسيم، حق هذا الأخير في التعويض عن الفسخ التعسفي لهذا العقد والذي يخضع تقديره لسلطة قاضي الموضوع التقديرية طبقا للقواعد العامة المتعلقة بإنهاء العقد، ولكن يستفيد العامل بموجب العقد المحدد من تطبيق نظام التسريح المطبق على انتهاء العقود غير محددة المدة وفقا للمادة 73 مكرر 4 من قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل بما يشمل من ضمانات وامتيازات أو حماية قانونية، وذلك في حالة إعادة التكييف

1- يختلف التشريع الفرنسي عن التشريع الجزائري في عدم ايلائه أهمية أكبر لمخالفة القانون الاجرائي مقارنة بمخالفة القانون الموضوعي، حيث تبعا لذلك لايمكن للعامل ذو العقد المحدد في حالة إعادة تكييف عقده الى غير محدد المدة إذا كان انتهاء علاقته مشروعا سوى المطالبة بالتعويض عن عدم احترام إجراءات التسريح وهذا التعويض الذي يقضي به القاضي تلقائيا يساوي على الأقل مرتب شهر من العمل طبقا للمادة 2-1235L من قانون العمل الفرنسي الادماج، دون حقه في المطالبة بإعادة الادماج، و مادام أن العقد الذي أعيد تكييفه قد انتهى، فان العامل يستفيد كما في حالات انتهاء عقد العمل غير محدد المدة من تعويض التسريح وتعويض مهلة الاخطار.

- Cassation sociale, 6 novembre 2013, Bulletin Civil, n012-15953, 2013.

أو التحويل القضائي لعقده من محددة الى غير محدد المدة اثر ثبوت أو تأكد مخالقة صاحب العمل للقيود أو الضوابط القانونية المنظمة لهذا العقد سواء فيما يتعلق بحالات اللجوء اليه أو الشروط القانونية لصحة هذا العقد سواء رفعت دعوى إعادة التكييف أثناء سريان العقد و تنفيذه أو بعد انتهائه.

فاذا كان المشرع الجزائي قد تبنى قواعد المرونة النسبية أو المخففة بالنسبة لإنهاء عقد العمل غير محدد المدة في ظل الاثار المترتبة عن تعسف المستخدم في تسريح العامل تأديبيا طبقا للمادة 73 مكرر4فانه قد تبنى قواعد المرونة المطلقة بالنسبة لإنهاء عقد العمل محدد المدة من خلال اهمال تنظيم هذا العقد في أغلب جوانبه، وتركه لحرية وإرادة صاحب العمل المنفردة ما يزيد من حالات التعسف التي تنعكس سلبا على حماية استقرار العامل وأمنه الوظيفي، وما ساهم في ذلك ضعف الحماية القضائية، فرغم أننا نثمن قرارات المحكمة العليا التي قامت بمراعاة خصوصية قواعد قانون العمل وتميزها عن قواعد القانون المدني من خلال تطبيق جزاءات مستنبطة من تشريعات العمل السابقة في حالة الفسخ التعسفي لعقد العمل محدد المدة قبل حلول أجله بغية سد الفراغ التشريعي الوارد في هذا المجال، الا أننا نعيب على مواقف القضاء الخاطأ أحيانا بين مصطلحي الفسخ و التسريح من خلال استعمالهما في غير محلها هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنها بدلا من السعي الى محاولة ردع صاحب العمل وثنيه لتقليص وتحجيم حالات اللجوء الى هذا العقد مخالفة للقانون من خلال التفسير الضيق لها مع غياب التفصيل القانوني لهذه الحالات، مع التطبيق الصارم لمقتضيات المادة 14 من قانون 90-11 فيما يتعلق بالآثار القانونية المترتبة عن عدم احترام الضوابط الواردة في هذه المادة، نجد أنها قد ذهبت عكس ذلك الى التفسير الضيق لنص المادة 14 فيما يتعلق بدعوى إعادة تكييف عقد العمل من محدد المدة الى غير محدد المدة، من خلال التقييد الزمني لحق العامل في رفع هذه الدعوى من خلال اشتراطه الزامية القيام بذلك أثناء سريان أو تنفيذ العلاقة وليس بعد انتهائها، رغم عدم وجود نص قانوني يتضمن هذا القيد أصلا، ودون تمييزه بين ما اذا كان ذلك يتعلق فقط بحالة مخالقة صاحب العمال حالات اللجوء الى هذا العقد، أم أن الامر يتعلق أيضا بحالة تخلف الكتابة، وهو ما يشكل تراجع عن المكتسبات والضمانات أو الحماية القانونية، لذلك لا بد من تدخل المشرع في مشروع القانون الجديد للعمل من أجل تنظيم هذا العقد تنظيما محكما ومفصلا تكريسا للطابع المؤقت والاستثنائي له، ومن أجل توفير ضمانات كافية وفعالة للعامل في ظل اتساع رقعة اللجوء الى هذا العقد،والذي أصبح ينافس العقد غير محدد المدة من خلال محاولة

انتزاع مكانته الأصلية في إبرام عقود العمل، مع التركيز على تنظيم مسألة التجديد الصريح والضمني لهذا العقد وأيضا حالات إنهائه المؤسسة والغير مشروعة بدلا من ترك تنظيم هذه المهمة للقواعد العامة الغير قادرة على الاستجابة لخصوصية وذاتية قواعد قانون العمل الحمائية.