

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

Ministère de l'Enseignement Supérieur
et de la Recherche Scientifique
Université M'Hamed Bougara
- Bumerdes-
Faculté de Droit –Boudouaou-



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة أمحمد بوقرة - بومرداس -
كلية الحقوق - بودواو-

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون في إطار مدرسة الدكتوراه

لل قانون و العلوم السياسية

فرع : القانون الخاص . تخصص : عقود ومسؤولية

سلطة المستخدم التأديبية في إطار المادة 73 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل

إشراف الأستاذة:
د-معاشو نبالي فطة

إعداد الطالب :
زوبة عز الدين

لجنة المناقشة :

- د- يوسف أمال، أستاذة محاضرة أ، جامعة بومرداس،.....رئيسة.
د- معاشو نبالي فطة، أستاذة محاضرة أ، جامعة تيزي وزو،..... مشرفة ومقررة.
أ.د- تاجر محمد، أستاذ، جامعة تيزي وزو،.....ممتحنا.

تاريخ المناقشة: / / 2011.

شكر و تقدير

أشكر الله سبحانه وتعالى قبل كل شيء، ثم أتقدم
باسمى عبارات الشكر و التقدير الى أستاذتي
المشرفة: معاشو نبالي فطة التي طالما ساندتني و
دعمت عملي منذ بدايته، و لم تبخل علي بعلمها و
نصائحها القيمة، و تعاملت معي بكثير من
التواضع، جزاها الله خيرا .

الطالب: زوبة عزالدين.

الإهداء

أهدي ثمار جهدي و عملي المتواضع خلاصة خوضي بحور البحث العلمي من أوسع أبوابه الي: -
من ضحت بالكثير من أجل ان أسعد، من ساعدتني، من ساندتني، وقفتم الي جانبي، تحملتني طيلة
أعوام دراستي، تحملت الكثير من مشقات عملي أمي الغالية الحنونة. «نصيرة» فليصرها الله
دائما. أبي «محمد»

- أخي الياس وأختي فاتن

-أختي سارة، و لامية ،دون ان انسي أخي الصغير عادل فليشفه الله من مرضه.

-إلى كل زملائي و زميلاتي.

-قريبتي الأستاذة زوبة سميرة التي لا طالما ساندتني و لم تبخل علي بعلمها.

-أساتذتي الكرام على الخصوص: حساين سامية، يحيوش ،سعاد، ناجي، طحطاط، رابحي

أحسن.الذين شكلوا مرحلة فارقة في مسيرتي الدراسية.

-الى كل عمال مكتبة كلية الحقوق على الخصوص:مسئولي قاعة الدوريات دون أن انسي

أيضا كل عمال مكتبة كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو الذين لم يبخلوا علي بشيء، و

كانوا مثال التواضع و حب العلم و احترام الآخر.

الطالب: محزا لدين

المقدمة:

لا مجال للشك أن ارتباط تشريع العمل الجزائري بالنمط الاقتصادي الذي عرفته البلاد كان وثيقا عبر مختلف التحولات والتقلبات من نظام توجيهي إلى النظام القائم على استقلالية المؤسسات ، فلم تعد المؤسسة العمومية العمود الاقتصادي للدولة¹ بل أصبحت مستقلة في التسيير في ظل مبادئ اقتصاد السوق ، كل هذا كان له الأثر الكبير على عالم الشغل . كما عرفت الجزائر من الناحية الاجتماعية تحولا جذريا في مجال تنظيم علاقات العمل بصفة عامة، و ذلك بانئقالها من النظام التوجيهي و التنظيمي إلى النظام التفاوضي والإتقائي، حيث كانت الدولة قبل هذا التغيير عبارة عن آلة منتجة للنصوص القانونية المنظمة لعلاقات العمل .

ولعل القانون 01/88 المؤرخ في 12-01-1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية العمومية يعتبر أول منحرج للنظام الاقتصادي الجزائري نحو نظام آخر أقل ما يقال عنه أنه مختلف عن الأول ، ثم جاء التعديل الدستوري في 28 فيفري 1989² و من بعده دستور 23 فيفري 1996³ للتأكيد على كل هذه المبادئ ، و لتكريس مجموعة من الحقوق كالحق في العمل و الراحة و الحق النقابي و الحق في الإضراب ...الخ. و قد كانت النتيجة الحتمية هي إعادة النظر في جميع القوانين الصادرة وفقا للتوجه السابق أهمها القانون الأساسي العام للعامل ، و استحداث قوانين أخرى تسير النظرة الجديدة لاقتصاد البلاد ، و هو ما حدث فعلا بموجب قوانين سنة 1990 و التعديلات المتواصلة بعد ذلك ، التي ترجمت على أرض الواقع أثار التفتح الاقتصادي بواسطة إضفاء الطابع التعاقدية على علاقة العمل ، و هو ما يبرز أهم خصائص قانون العمل ألا وهي الواقعية.

¹ MAHFOUD GHEZALI , Revue algérienne du travail (l'évolution de l'entreprise autonome et de la planification en Algérie), N°1 , Mars 1989 ,P :55 .

2-المرسوم الرئاسي 19/89، المؤرخ في 28 فيفري 1989، يتعلق بنشر تعديل الدستور، الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، الجريدة الرسمية عدد 09، لسنة 1989

3-دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي 438/96، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية عدد 76، الصادرة سنة 1996، المتمم بالقانون رقم 03/02، المؤرخ في 10 أبريل 2002، الجريدة الرسمية عدد 25 الصادرة سنة 2002، المعدل و المتمم بالقانون 19/08، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية عدد 63، الصادرة في 16 نوفمبر 2008.

وهكذا انسحبت الدولة كطرف منظم لعلاقات العمل إلى طرف مراقب لها ، وأكدت هذه القوانين الجديدة على إعادة الاعتبار لدور صاحب العمل باعتباره المسير الرئيسي داخل المؤسسة و المسؤول عن تحقيق النجاعة الاقتصادية علاوة على كونه صاحب وسائل الإنتاج و الرأسمال مما استوجب توسيع صلاحياته وسلطاته، و ترقية نشاطه بأكثر مرونة ممكنة خلافا لما كان عليه في ظل التشريعات السابقة أين كان يعتبر بمثابة عامل أجير ينحصر دوره في تنفيذ التعليمات والأوامر الصادرة عن السلطة الوصية.

إن الدور المحوري الذي اسند إلى صاحب العمل بموجب قوانين التسعينات فتح المجال واسعا للتشغيل و حرية التعاقد و إفادته بحق تنظيم علاقات العمل داخل المؤسسة عن طريق النظام الداخلي الذي ينفرد بإعداده وتنفيذه خلافا لما كان معمولاً به سابقا حيث كانت السلطات محددة عن طريق القوانين أو التنظيم، مما دفع البعض إلى القول انه بموجب قانون 90-11 تم الانتقال من القانون التأديبي إلى السلطة التأديبية لصاحب العمل، وهكذا أعطي لسلطان الإرادة دور ليكمل سلطان القانون ، حيث تبقى الدولة بصفة عامة هي الضامنة لحق العمل و الحريات العامة عن طريق سن قوانين قصد الحد من سلطات صاحب العمل في استعمال حقوقه لتحقيق التوازن الواجب بين حقوق العمال و صاحب العمل .

فنتيجة لعدم التكافؤ الفعلي بين صاحب العمل الذي يملك وسائل الإنتاج، وسلطة التوجيه والتسيير و عامل لا يملك إلا قوت عمله، فقد عمل قانون العمل على توفير العديد من الضمانات القانونية و التنظيمية التي تكفل استمرار العامل في وظيفته، و تحد من الاستعمال المفرط لحق تسريح العمال تأديبيا المنصوص عليه ضمن الفقرة الخامسة من المادة 66 من القانون 90-11، تحت عنوان العزل. هذه الضمانات التي تمثل في جوهرها مجموعة من الآليات القانونية و التنظيمية و الاتفاقية تعمل على تدعيم مركز العامل، من خلال تثبيته و تحقيق أمنه و استقراره الوظيفي و من خلال مراقبة ممارسة صاحب العمل لحقه في إنهاء علاقة العمل غير محددة المدة بإرادته المنفردة.

هذه الضمانات تتعارض مع مصالح أخرى لا تقل عنها أهمية و تتمثل في أهداف العناية بالمؤسسات المستخدمة التي تنشأ مناصب الشغل، واستقرارها و ضرورة تجنب هروب رؤوس الأموال، و توفير فرص الاستثمار من جهة⁴، و من جهة أخرى تخفيض التكاليف

⁴ - أسيا حنافي ، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر ، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون

الأعمال، ، كلية الحقوق ، الجزائر ، 2008، ص: 82.

الاجتماعية التي تتحملها المؤسسة وذلك بالتخفيض من الحقوق و المنافع التي تقرها أحكام الحماية لصالح العمال، وتمكين أصحاب العمل من سلطة واسعة للتحكم في اليد العاملة، من حيث التوظيف و التسريح. لتجد الدولة نفسها بين تيارين متعارضين أو مصلحين متناقضين يفرضان عليها أمرين حتميين : حماية الفئة المعوزة ، فئة العمال الأجراء عن طريق إقرار قواعد نسبية صارمة تحمي استقرار مناصب الشغل ، هذا من جهة و من جهة أخرى التأكيد على الطابع التعاقدى في تنظيم و تسيير الهيئة المستخدمة⁵. الذي لا يتعارض مع إمكانية اللجوء إلى تسريح العمال- إذا اقتضت الضرورة ذلك-بقواعد أكثر مرونة تركز سلطة المستخدم في تنظيم و تسيير مؤسسته بهدف الحصول على رفع الإنتاج و تحسين الإنتاجية ، و القدرة على اتخاذ التدابير التي يعتبرها أصحاب العمل ضرورية ، بهدف البقاء في ساحة معركة المنافسة و التحكم في قواعد اللعبة التي تفرضها شراسة الاقتصاد الحر .

وفي هذا السياق، و من أجل التوفيق بين المصالح المتناقضة ومختلف وجهات النظر، يلعب القضاء دورا هاما في تطوير القانون بعيدا عن كل ضغط، قريبا من الواقع المعاش، رغم ما قد يواجهه من صعوبات في تحليل النصوص و الوصول الى اجتهادات تساهم في تطوير القانون راجعة لغموض النص من جهة، و من جهة أخرى فإن التناقض في أحكامهم قد يترتب على التعديلات التشريعية المتتالية والسريعة .

كرس المشرع الجزائري سلطة المستخدم التأديبية في المادة 73 من القانون 90-11 المعدل و المتمم التي تنصب عليها دراسة هذا الموضوع للبحث في مدى إمكانية و قدرة أو فعالية النصوص القانونية الحالية في تحقيق التوازن الصعب و الضروري بين مصلحتين متناقضتين: مصلحة المستخدم في المحافظة على ضمان السير الحسن للمؤسسة واحترام مبدأ سلطان الإرادة في ظل نظام اقتصادي حر ، و مصلحة العامل في المحافظة على منصبه الذي يعد مصدر رزقه و تحقيق استقرار علاقة عمله ،وكيفية تعامل القضاء الجزائري في تحديد السلطة التأديبية لصاحب العمل للتوفيق بين هاتين المصلحتين المتناقضتين ؟.

⁵- GERADINE GOFFAUX , " Le contrat comme instrument d'organisation de l'entreprise en droit algérien et en droit français", Revue algérienne des sciences juridique économiques et politiques, N°4, 2000, P: 307.

وعليه فان هذه الدراسة تتناول موضوع التسريح التأديبي بين سلطة المستخدم و الحماية المقررة للعامل من خطر التسريح التأديبي التعسفي وذلك بعد تحديد مفهوم التسريح التأديبي وتمييزه عن مختلف صور الإنهاء الأخرى لعلاقات العمل وتحديد السلطة المختصة به، أمام مختلف السلطات التي يتمتع بها المستخدم في تسيير مؤسسته يعتبر التسريح التأديبي من بين هذه السلطات التي حرص و يحرص على بقاءها وتوسيعها (الفصل الأول).

كما ان استعمال المستخدم لهذه السلطة قد يؤدي الى المساس بحقوق العامل المسرح و تدخل القانون والقضاء لتحديد آثار هذا التسريح التي تختلف وتتعدد حسب الحالات و الأضرار الاحقة بالعامل خاصة اذا ما كان التسريح تعسفيا، يعد ذلك من الضمانات التي يتمسك بها العامل و التزاما على صاحب العمل (الفصل الثاني).

الفصل الأول: الأساس القانوني للتسريح التأديبي

ان دراسة موضوع التسريح التأديبي والسلطة المختصة به في الجزائر ، تستلزم أولاً محاولة تحديد مفهوم التسريح التأديبي من خلال تعريفه ثم تمييزه عن بعض الصور أو الحالات الأخرى لإنهاء علاقة العمل في التشريع الجزائري ، و ثانياً تحديد السلطة المختصة بتوقيع عقوبة التسريح التأديبي ، من خلال تعريف السلطة التأديبية و بيان مصدرها (المبحث الأول).

كما ينبغي الإشارة أن هذه السلطة لا يمكن ممارستها ولا تطبيق و تنفيذ عقوبة التسريح التأديبي في حق العامل إلا إذا كان هذا الأخير قد ارتكب خطأ تأديبياً ، بعد مراعاة توفر الشروط الموضوعية الواجب احترامها لممارسة السلطة التأديبية ،تضفي صحة لهذا التصرف (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم التسريح التأديبي و السلطة المختصة به.

نص المشرع الجزائري في المادة 66 من قانون علاقات العمل¹ على أنه: " تنتهي علاقة العمل في الحالات التالية : 1- البطلان أو الإلغاء القانوني . 2- انقضاء اجل عقد العمل ذو المدة المحددة. 3- الاستقالة. 4- العزل. 5- العجز الكامل عن العمل كما ورد تحديده في التشريع. 6- التسريح للتقليص من عدد العمال . 7- إنهاء النشاط القانوني للهيئة المستخدمة . 8- التقاعد. 9- الوفاة. "

يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن التسريح التأديبي أو كما سمته المادة " العزل" يعتبر من أهم الصور لانتهاء علاقة العمل ، نظراً لخطورته لما يترتب من آثار مادية و معنوية على العامل ، فما هو مفهوم التسريح التأديبي و ما هي السلطة المختصة به؟ . إن الإجابة عن هذا السؤال تقتضي أولاً تحديد مفهوم التسريح التأديبي من خلال تعريفه و تمييزه عن الصور الأخرى لانتهاء علاقة العمل (المطلب الأول)، ثم دراسة السلطة المختصة به و لا يتم ذلك إلا من خلال تعريفها و بيان مصدرها (المطلب الثاني).

¹ -وهو قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية عدد 17 المؤرخة في 27 افريل 1990.

المطلب الأول: مفهوم التسريح التأديبي

بالرجوع إلى تشريعات العمل المتعاقبة خاصة قانون علاقات العمل 90-11 ، لا نجد أي نص يعرف التسريح التأديبي ، بل تناول المشرع الجزائري فقط السبب المؤدي إليه ألا هو الخطأ المهني الجسيم المرتكب من العامل أثناء أو بمناسبة العمل، باعتباره من عمل الفقه الذي حاول تقديم عدة تعاريف (الفرع الأول)

ينبغي الإشارة ان الوصول الى تعريف شامل للتسريح التأديبي لا يتم الا من خلال تمييزه عن غيره من الحالات الاخرى لانتهاء علاقة العمل كالإستقالة، التسريح الإقتصادي، الإحالة على التقاعد، القوة القاهرة ، انتهاء النشاط القانوني للهيئة المستخدمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التسريح التأديبي:

رغم أن تحديد تعريف واضح ودقيق للتسريح التأديبي له اهمية خاصة وملحة لما لذلك من تأثير مباشر على العامل من حيث تحقيق استقراره الوظيفي وامنه وحمايته من أي تعسف محتمل من صاحب العمل عند ممارسته لحقه في انهاء علاقة العمل، ينتج عنه ضرر للعامل، فان المشرع الجزائري كما سبق الإشارة إليه لم يعنى بإعطاء تعريف محدد لهذا الاجراء القانوني .

نتناول التعريف الإصطلاحي للتسريح التأديبي أولا ثم التعريف الفقهي له ثانيا.

أولا: التعريف الإصطلاحي

تعددت التعبيرات الاصطلاحية التي استخدمها المشرع في قانون علاقات العمل للتعبير عن التسريح التأديبي او انهاء علاقة العمل بارادة المنفردة لصاحب العمل ، فهي مترادفات لغوية تستخدم للتعبير عن معنى واحد (التسريح التأديبي ، العزل ، الفصل التأديبي ، الطرد

¹ و ذلك مرده هو وحدة الاثر الذي ينتجه التصرف المتخذ الا و هو انقضاء وظيفة العامل².

يقابل فعل « licencier » في اللغة العربية فعل فصل أو سرح ، و من الفعل المذكور جاءت كلمة « licenciement » و هي كلمة تدل على حدوث عملية الفصل أو التسريح « action de licenciement » .

يتضح من ذلك أن كلمة « licenciement » أي التسريح إنما تدل على التسريح غير التأديبي أي المتجرد من البواعث التأديبية، في الوقت ذاته الذي تشير فيه كلمة « révocation » في الذهن معنى العزل التأديبي ، و تجتمع هذه الكلمات على معنى لغوي واحد ينظمها جميعا و هو المعنى المادي ذاته الذي هدف إليه المشرع ألا و هو الترك أو الإبعاد أو التنحي³ . و هي كما قلنا سابقا مترادفات لمعنى واحد لوحدة النتيجة أو الأثر المترتب عنها مع اختلاف في أسباب أو الدوافع المؤدية إليها⁴.

حيث يلاحظ أن المشرع الجزائري لا يميز بين هذه المصطلحات (حيث نجده استعمل كلمة عزل في المادة 66 و 73 من قانون 90-11 قبل تعديلها بينما تراجع عن هذا المصطلح واستعمل كلمة التسريح التأديبي بعد تعديل المادة 73 من قانون 90-11)، حيث و أمام صعوبة توحيدها جعل بعض الفقه يقترح إسناد الصفة للموصوف ليسهل التمييز بين المصطلحات المتشابهة كأن نقول فصل تأديبي او فصل غير تأديبي ، عزل تأديبي أو عزل غير تأديبي⁵.

1- أنظر: المادة 68 من قانون 82-06 المؤرخ في 27 فيفري 1982 يتعلق بعلاقات العمل الفردية، الجريدة الرسمية عدد 9 لسنة 1982، ملغى. والمادة 92 من قانون 78-12 المؤرخ في 05 أوت 1978 يتعلق بالقانون الأساسي العام للعامل، الجريدة الرسمية عدد 32 لسنة 1978، ملغى ، والمادة 73 من قانون 90-11 قبل و بعد تعديله.

2- بشير هادفي ، الحماية الوظيفية و الاقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون ، جامعة باجي مختار ، عنابة، 2007-2008 ، ص 47 و 48.

³ - وهيب عياد سلامة ، الفصل بغير الطريق التأديبي و رقابة القضاء (دراسة مقارنة) ، ملتزم للطبع والنشر ، مكتبة الانجلو مصرية القاهرة، دون سنة نشر ، ص : 32-34.

⁴ - عطا الله بو حميدة، التسريح لسبب اقتصادي" مفهومه ، إجراءاته، و آثاره "، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009 ، ص : 40.

⁵ - عطاء الله بوحميدة، الفصل غير التأديبي في قانون الوظيفة العامة والقانون الأساسي العام للعمل (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع إدارة ومالية ، جامعة الجزائر ، 1989-1990 ، ص : 168 .

ثانيا: التعريف الفقهي

قدمت تعاريف مختلفة منها :

- " الفصل هو العمل الذي بمقتضاه يستطيع صاحب العمل وضع نهاية لعلاقة التعاقد "
 - " هو العمل الذي بمقتضاه ينهي صاحب العمل عقد العمل غير محدد المدة "
 - " هو الفصل المستند الى ذنب يعاقب عليه طبقا للائحة الاجراءات "
 - " هو انتهاء العقد بسبب مخالفة العامل للنظام العام "
 - " هو التصرف الارادي النابع من الارادة المنفردة لصاحب العمل الذي يعني انتهاء عقد العمل كعقوبة لعمل ارتكبه العامل او لإخلاله بالتزام مفروض عليه "
 - "إجراء يتخذه صاحب العمل بإرادته المنفردة وفقا لما تحدده النصوص القانونية و التنظيمية والإتفاقية،يؤدي إلى إنهاء علاقة العمل المبرمة مع العامل لمدة غير محدودة"¹.
- كل تعريف من هذه التعاريف لا يخلو من النقد فهناك من انتقد بحجة قصوره على عقود العمل غير محددة المدة و هناك من انتقد بحجة خلطه بين الفصل كعقوبة تأديبية و بين غيره من الصور الاخرى لانتهاء علاقة العمل ، وهناك من انتقد بحجة ان الكثير من المؤسسات لا نجد بها لوائح الجزاءات و غيرها من الانتقادات الأخرى الكثيرة².

الفرع الثاني: تمييز التسريح التأديبي عن بعض الصور الأخرى لإنهاء علاقة العمل

إن أسباب انقضاء عقد العمل عديدة ومتنوعة حددها المشرع في النصوص القانونية وتفنن الفقه في تصنيفها يجعل المماثلة منها تحت فئة واحدة تسهила لعملية دراستها و تمييزها ، فهكذا قسمها البعض إلى أسباب عامة لإنهاء عقد العمل و أسباب خاصة له ، فتحت عنوان أسباب انتهاء عقد العمل أدرج الإنهاء بإرادة المنفردة تحت الأسباب الخاصة،وأدرجت تحت عنوان الأسباب العامة المشتركة لإنهاء عقد العمل غير محددة المدة

¹ - بشير هادفي ، الحماية الوظيفية و الاقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري، مرجع سابق ، ص: 48.

² -علي عوض حسن ، الفصل التأديبي في قانون العمل " دراسة مقارنة " ، الطبعة الثانية ، دار وائل للنشر و الطباعة، القاهرة، 1975، ص: 25.

الأسباب التالية : اتفاق الطرفين على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين ، استحالة التنفيذ نتيجة القوة القاهرة ، وفاة العامل ، العجز ، المرض الطويل ، التجنيد، تصفية المنشأة ، زواج العاملة و إنجابها لطفلها الأول ، امتناع المتعاقدين عن تنفيذ التزاماتهم¹ . قسمها آخرون إلى خمسة أقسام رئيسية² و أرجعها آخرون إلى أسباب قانونية عادية و أدرج تحتها : الاستقالة ، الوفاة ، التقاعد، الفسخ الاتفاقي ، العجز الكامل عن العمل ، الظرف الطارئ ، انتهاء المدة في العقود المحددة المدة ، و اسباب قانونية عارضة او استثنائية و ادرج تحتها : التسريح التأديبي و التسريح لاسباب اقتصادية و تقنية³ . وعليه يجب تمييز التسريح التأديبي حتى يكتمل مفهومه و يتضح اكثر عن الاسباب الشخصية او الارادية للانهاء اولا ، ثم التمييز بين التسريح التأديبي والاسباب الغيرارادية للانهاء ثانيا .

لنصل الى التعريف المتفق عليه للتسريح التأديبي ثالثا .

اولا : تمييز التسريح التأديبي عن حالات الانهاء الإرادية

سنركز على ثلاثة صور تظهر فيها الارادة جليا وذلك من خلال نقاط وعناصر أساسية .

1-التسريح التأديبي و الإستقالة:

أ- من حيث اسبابه و المبادرة به:

تتصل اسباب التسريح التأديبي بشخص العامل فمردها ارتكاب العامل خطأ مهني جسيم و ذلك حسب المادة 73 من قانون 90-11 المعدلة والمتممة وبهذا يتميز التسريح التأديبي عن الاسباب الشخصية الارادية الاخرى للانهاء وهي : الاستقالة و التسريح لسبب اقتصادي و الاحالة على التقاعد .

¹ -إبراهيم محمد أبو العلاء، العاملون حقوقهم في مجتمعنا العربي و التزاماتهم فيه نحو العمل و الانتاج ، مكتبة الانجلو مصرية ، القاهرة ، 1969 ، ص: 43-46 .

² -محمد السيد الدماصي ، الوسيط في شرح نظام العاملين بالقطاع العام مطبوعة احمد علي مخيمر ، دون مكان نشر، 1972، ص: 236 .

³ -سليمان أحمية ، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري (علاقة العمل الفردية)، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994 ، ص : 272 - 291 .

أما بالنسبة للإستقالة فقد عرفت بانها : " حق العامل في قطع علاقة العمل قبل بلوغه السن القانونية دون تعليق قبولها على صاحب العمل"¹. فهي حق معترف به للعامل وهذا ما اكدته المادة 68 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل².

ان هذا الحق هو عمل انفرادي من العامل ، يعلن من خلاله صراحة عن نيته في انهاء علاقة العمل او في وضع حد للتعاون معه لاسباب شخصية وهنا يظهر التمييز بسهولة ما بين الاستقالة التي ترجع لارادة العامل و رغبته الشخصية و بين التسريح التأديبي الذي يكون بارادة صاحب العمل .

فمسالة الاستقالة تثير العديد من الاشكالات القانونية و العملية ، الامر الذي جعل القضاء الفرنسي يتعامل مع فكرة " وضوح ارادة العامل في الاستقالة la volonté de salarié non équivoque" بنوع من الجدية و التشدد .

حيث كثيرا ما تفسر بعض التصرفات التي يقوم بها العمال على انها استقالة ضمنية، في حالة التخلي عن المنصب بسبب الغياب لمدة طويلة بدون اذن او مبرر قانوني ، او عدم الالتحاق بمنصب العمل بعد العطلة ، كما انه كثيرا ما تفسر بعض حالات الاستقالة الصريحة بكونها لا تنتج اثار قانونية لكونها تمت تحت الضغط او الاكراه او الاستقزاز من طرف المؤسسة المستخدمة³ حيث يشترط لصحة الاستقالة وترتيبها لكافة اثارها القانونية ان تتم بارادة حرة و بعيدة عن أي ضغط او اكراه من صاحب العمل والاعتبرت باطلاة و تحولت الى حالات تسريح لاسباب اخرى⁴، وهو نفس موقف القضاء الجزائري⁵.

¹-مصطفى عبد الحميد عدوي، الاستقالة واتفاقات الإنهاء الاقتصادي في عقد العمل غير محدد المدة، كلية الحقوق، جامعة المنوفية ، 1990، ص: 19 و ما بعدها .

²-تنص المادة 68 من قانون 90-11 السابق الذكر: «الإستقالة حق معترف به للعامل.....»

³-محمد شرفي " سريان علاقة العمل و نشأتها و نهايتها "، منازعات العمل والأمراض المهنية ، المجلة القضائية ، عدد خاص طبع الديوان الوطني لاشغال التربوية، الجزائر ، 1997، ص: 43-96.

⁴-مصطفى قويدري ، عقد العمل بين النظرية و الممارسة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر ، 2010، ص: 196.

⁵-في هذا السياق قررت المحكمة العليا بانه لا يسوغ لقاضي الموضوع استبعاد الاستقالة بدعوى تقديمها تحت الضغط، دون التثبت من واقعة الضغط المدعى بها و مدى مسؤولية المستخدم و قد جاء في الحثية الرئيسية لقرارها .../...:

ب- من حيث الشكل و الإجراءات:

بالنسبة للتسريح التأديبي: طبقا للمادة 73 مكرر 2 من قانون 90-11 المعدل فإنه يستوجب للتسريح التأديبي للعامل احترام جملة من الإجراءات التأديبية نصت هذه الاخيرة على الحد الأدنى منها ألا وهي : -إستماع المستخدم للعامل، - إعلامه بإمكانية إصطحاب عامل آخر، - تبليغه كتابيا بقرار التسريح .

أما بالنسبة للاستقالة : نصت المادة 68 من قانون 90-11 : "... على العامل الذي يبدي رغبته في انتهاء علاقة العمل مع الهيئة المستخدمة ان يقدم استقالته كتابة . ويغادر منصب عمله بعد فترة اشعار مسبق وفقا للشروط التي تحددها الاتفاقيات او الاتفاقات الجماعية " .

لإثبات هذا التصرف القانوني " الاستقالة" وتناديا لاي تصرفات اخرى قد يقوم بها صاحب العمل من شأنها ان تؤدي الى انتهاء علاقة العمل تحت غطاء الاستقالة ، وتهربا من التعويضات التي يطالب بها في حالة غياب سبب جدي وقانوني لانهاء هذه العلاقة اشترط المشرع ان تتم الاستقالة بطلب مكتوب صريح لا يشويه أي غموض من العامل لسهولة اثباتها و حتى لا يقوم صاحب العمل بتفسير أي تصرف من العامل على انه رغبة في انتهاء عقد العمل و ان لا يتم ترك منصب عمله الا بعد فترة الإشعار المسبق. هكذا يتميز التسريح التأديبي الذي هو اجراء منظم قانونيا ، مراقب قضائيا مقيد بمجموعة من الاجراءات التأديبية الملزمة عن الاستقالة، التي لا يشترط تسببها، ولا تقديمها في شكل معين، فأجراءاتها بسيطة كما سبق بيانه مقارنة مع اجراءات التسريح التأديبي.

.../... " ...حيث يتبين فعلا من الحكم المطعون فيه ان قاضي الدرجة الاولى اعتبر ان الإستقالة تمت تحت ضغط دون بيان مصدره وما اذا كان صادرا من رب العمل و دون مناقشة محتواها و التأكد من ارادة العامل في استعمال هذا الحق المخول له قانونيا وفقا للمادة 68 من قانون 90-11 التي تستوجب شروط لإستقائها و حيث ان القاضي لم يقف على اثبات هذا الضغط و الاكراه الذي يدعي بهما المطعون ضده و مسؤولية الطاعنة في انتهاء علاقة العمل ... " . ملف رقم 411143 قرار بتاريخ 2007/12/15، مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني ،الجزائر، 2008 ، ص: 273.

ج- من حيث الاثر :

يتضح ان التسريح التأديبي وفق ما يسمح به القوانين و النظم المعمول بها أي الذي يحترم الشروط الموضوعية و الشكلية كما سيتم تفصيله لاحقا يترتب عليه :- اما التسريح مع مهلة الاشعار و التعويض واما التسريح بدون مهلة اشعار و تعويض ، و السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو : متى يستفيد العامل من مهلة الإشعار و التعويض ، ومتى يحرم منهما ؟.

ان الاصل في التمييز بين النوعين من التسريح (تسريح مع مهلة الاشعار و التعويض او بدونهما) يرجع الى التمييز بين نوعين من الخطأ الجسيم ، خطأ جسيم لا يجعل استمرار علاقة العمل امرا مستحيلا ولو لمدة الإخطار المسبق ، وهو الذي يمنح فيه التعويض ومهلة الاشعار ، وخطأ جسيم يستحيل مع استمرار علاقة العمل ،وهو الذي يتم بدون مهلة اشعار و لا تعويض¹.

ان التمييز بين النوعين من الخطأ الجسيم يتم بالرجوع الى المعايير الواردة في المادة 73 مكررا 1 من قانون 90-11 المعدل و المتمم التي يتم بمقتضاها وصف و تحديد او تكييف الخطأ الجسيم الا و هي : -الظروف التي ارتكب العامل فيها الخطأ او مدى اتساعه ودرجة خطورته،والخطرالذي الحق بالمؤسسة و وسائلها ، وكذلك السيرة التي كان يسلكها العامل حتى تاريخ ارتكابه الخطأ. كل ذلك يتم تحت رقابة قاضي الموضوع .

كما ان الخطأ الجسيم الذي يجعل استمرار علاقة العمل امرا مستحيلا و لو لمدة الاخطار المسبق و الذي يحرم العامل من التعويض و من حقه في مهلة الاشعار ، هو ذلك الخطأ الجسيم الوارد في اطار الحالات المنصوص عليها في المادة 73 من القانون 90-11 المعدلة و فق التحديد القانوني للاخطاء الجسيمة،اما الخطأ الجسيم الذي يمنح فيه التعويض و مهلة الاشعار،والذي لا يجعل استمرار علاقة العمل امرا مستحيلا ، فانه متروك تحديده للنظام الداخلي و الاتفاقيات الجماعية².

¹-أحمد عبد الكريم أبو شنب،شرح قانون العمل وفقا لحدث التعديلات،الطبعة الثانية،الإصدار الرابع،دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان،2005،ص264-269.

²-سليمان احمية ، التنظيم القانوني لعلاقة العمل في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص: 361.

أما بالنسبة للإستقالة فإنها تأخذ مفعولها بعد انتهاء مهلة الاخطار المحددة قانونا اتفاقا او عرفا و على العامل ان يحترم هذه المهلة.

إذا غادر العامل منصب عمله دون احترام هذا الإجراء،كمغادرته قبل انتهاء مهلة الإخطار،فانه يكون تعسف في ممارسة حقه ، و يعتبر بالتالي فسخ تعسفي للعقد .
يمكن لصاحب العمل في هذه الحالة مطالبته بالتعويض عما لحقه من أضرار المادية و المعنوية وهوما أكدته المحكمة العليا في احدي قراراتها¹.

2-التسريح التأديبي و التسريح لاسباب اقتصادية :

أ- من حيث اسبابه و المبادرة به:

أسباب التسريح لاسباب اقتصادية متنوعة و غير متصلة بشخص العامل فمردها اسباب اقتصادية ظرفية (ازمات اقتصادية) أو هيكلية (اعادة تنظيم العمل اواعادة هيكلة المؤسسة) اوبعبارة حديثة مشاكل اقتصادية او تحولات تكنولوجية، لكن يلاحظ ان المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالسبب الاقتصادي او الدافع الاقتصادي و انما إكتفى بعبارة " اذا بررت ذلك اسباب اقتصادية"²،ولقد ورد النص عليه في المواد:69-70-71 من

1-حيث جاء في احدي حيثياته : "... ذلك ان العامل لما انهى علاقة العمل التي تربطه مع المطعون ضدها مباشرة بعد تقديم طلب الاستقالة الى هذه الاخيرة دون احترام فترة الاشعار المسبق المحددة بثلاثة اشهر في العقد فانه يكون بهذا التصرف اخل بالتزامه التعاقدى،والحق اضرارا بالهيئة المستخدمة يترتب عليه التعويض .
وحتى و لئن كانت الاستقالة حق معترف به للعامل فان هذا الاخير يتعين استخدامه بما يسمح به القانون و ان لا يلحق اضرارا بالغير عند استعماله... "ملف رقم 450460 قرار بتاريخ 2008/07/09،مجلة المحكمة العليا،العدد الثاني،الجزائر،2008،ص: 439.

2-وبالمقابل اشترط المشرع الفرنسي ان يكون التسريح مهما كانت طبيعته شخصيا (تأديبيا او غير تأديبي)او اقتصاديا مؤسسا على سبب حقيقي وجدي رغم ان هذا الاخير هو الاخر لم يحدد مفهوم السبب الحقيقي و الجدي بل حددته المحاكم و ساهم الفقه في ابرازه

-PIERREYVES,VERKINDT (Rupture de contrat),Jurisclasseur du droit de travail , N°4
,Fascicule 30-1,1992,P: 01

القانون 90-11 والتي لم تعدل ابداء، على خلاف المادة 73 المتعلقة بالتسريح التأديبي التي خضعت لعدة تعديلات متعاقبة، حيث حددت هذه المواد مجالاته و شروطه ولم تنص اطلاقا على أنه تأديب للعامل، وإنما هو جوازي للمستخدم اذ بررت ذلك اسباب اقتصادية¹.

ب- من حيث الإجراءات:

تجنباً لعدم احترام اجراءات التقليل من طرف المستخدمين فان المادة 70 من قانون 90-11 جاءت مرة بحيث نصت على انه يجب على المستخدم قبل القيام بتقليل عدد العمال ان يلجأ الى جميع الوسائل التي من شأنها التقليل من عدد التسريحات، ثم جاء المرسوم التشريعي 94-09² ليحدد كيفية تطبيق اجراءات التقليل³.

1-تقار جموعي، الفرق بين التسريح والتقليل في المادة الاجتماعية، نشرة القضاة، العدد 55، الجزائر، ص: 137 .
2-مرسوم تشريعي 94-09 المؤرخ في 26 ماي 1994 يتضمن الحفاظ على العمل وحماية الأجراء الذين يفقدون عملهم بصفة لارادية ، الجريدة الرسمية العدد 34 لسنة 1994.

3-تتمثل هذه الاجراءات في:

*ضرورة إعداد مخطط اجتماعي من صاحب العمل أو كما يسمى الملف أو الجانب الاجتماعي طبقاً للمادة 05 من المرسوم التشريعي 94-09 و الذي يقصد به مجموعة من الترتيبات القانونية الواجب اتباعها من صاحب العمل الذي ينوي تسريح عماله لاسباب اقتصادية ، ومحتوى هذا المخطط الاجتماعي نصت عليه المادتين 7 و 8 من المرسوم التشريعي 94-09.

*ضرورة استشارة لجنة المؤسسة طبقاً للمادة 94 من قانون 90-11 التي ليس لها الا دور استشاري ، حيث تقدم كقاعدة عامة رأي ، الا انها لا تقرر.

*اعلام مفتشية العمل بعد ما كان يشترط قبل صدور قانون 90-11 ضرورة الحصول على موافقتها تماشياً مع التطور الحاصل في التشريع الفرنسي.

* تبليغ التسريح حيث ينبغي على صاحب العمل اعداد مقررات فردية تتضمن انتهاء علاقة العمل طبقاً للمادة 16 من المرسوم التشريعي 94-09.

*احترام مهلة الاخطار طبقاً للمادة 3/68 من القانون 90-11.

-MICHEL DESPAX, Le droit du travail , Presses universitaires de France, Que sais-je, 3^{eme} édition, 1973 , P:461-480.

نلاحظ اختلاف اجراءات التسريح لسبب إقتصادي الطويلة و المعقدة عن اجراءات التأديب الاقل تعقيدا، ذلك ان صاحب العمل ملزم باخذ رأي لجنة التأديب ان وجدت واحترام حق الدفاع المعترف به دستوريا للعامل وتمكينه من الاطلاع على ملفه والإستماع اليه وتبليغه القرار المتخذ في حقه كتابة هذا في حالة التسريح التأديبي.

وبالتالي اجراءات التقليل ليست اجراءات تأديبية ، فالمرسوم التشريعي 94-09 هو الذي ينظمها و يحكمها و يضع لها القواعد التي تتم في ضوءها¹.

ج- من حيث الأثر:

كما اشرنا سابقا فان العامل المسرح اقتصاديا يستفيد من مجموعة من الحقوق المالية و غير المالية ، كتعويض التسريح ، مهلة الاخطار و غيرها ، على خلاف المسرح تأديبيا لا يستفيد من هذه الحقوق ، كل ما في الأمر أن من حقه الحصول على شهادة العمل كما يتم توضيحه بدقة لاحقا مثله مثل المسرح اقتصاديا في هذه النقطة.

3-التسريح التأديبي و الإحالة على التقاعد:

أ- من حيث اسبابه و المبادرة به

تعتبر الاحالة على التقاعد صورة اساسية من صور انهاء علاقة العمل بصفة ارادية لأسباب شخصية و هي بلوغ العامل سنا معيناً قد تؤثر على مردوده في العمل فهي مقررة لأي عامل بلغ السن التي تفتح له الحق في معاش معين .و يخضع التقاعد إلى القانون 83-12 المتعلق بالتقاعد².

اشترط هذا القانون شرطين أساسيين للإستفادة من معاش التقاعد و ذلك في المادة 06 منه و هما شرط الخدمة و حدد ب 15 سنة عمل على الاقل وخفضت كمرحلة انتقالية و ذلك لمدة 10 سنوات، و شرط السن و حدد ب60 سنة كقاعدة عامة للرجال وخفضت بموجب التعديل الى 55 بطلب من المعني والتميز اصبح قائما بين الاحالة على التقاعد (60سنة) وطلب التقاعد (55 سنة).

¹ - تقار جموعي ، مرجع سابق ، ص : 137.

² - قانون 83-12 المؤرخ في 2 جويلية 1983 يتعلق بالتقاعد، الجريدة الرسمية رقم 18 الصادرة في جويلية 1983.

تحول مفهوم الاحالة على التقاعد فبعد ان كان نظاما تابعا للضمان الاجتماعي اقيم لصالح الذين يريدون انهاء نشاطهم المهني ، أصبح اليوم للتجريد من المنصب بيد صاحب العمل، ان هذا الانقلاب بدأ بإدخال شروط في الاتفاقيات الجماعية تهدف الى جعل التقاعد صورة متميزة لانتهاء عقد العمل مؤسس على الارادة المنفردة لصاحب العمل، ان هذه الميزة جعلت هذا الحق مراقبا و اساس هذه الرقابة هو التعسف في استعمال الحق¹ .

اقام قانون 30 جويلية 1987 الفرنسي تمييزا بين الاحالة على التقاعد « mise a la retraite » و الذهاب الى التقاعد « départ a la retraite »² .

هكذا يتميز التسريح التأديبي الذي يكون بمبادرة من صاحب العمل عن الذهاب الى التقاعد الذي يتخذ بمبادرة او طلب العامل اذا بلغ 55 سنة طبقا للمادة 06 المعدلة في 1996، ويشبه الاحالة الى التقاعد التي يكون بقرار من صاحب العمل اذا بلغ العامل 60 سنة .

تتميز الاحالة على التقاعد عن التسريح التأديبي من حيث التسبب، ذلك ان هذا الاخير يجب ان يكون مسببا أي ضرورة توفر الخطأ المهني الجسيم على خلاف الاحالة على التقاعد لا تكون مسببة و انما يجب على المستخدم فقط احترام شرطي السن والخدمة و الا اعتبر الاجراء تسريحا و خضع للقواعد الشكلية و الموضوعية للتسريح ، بمعنى تسريح تعسفي قد يلزم المستخدم على اثره بالتعويضات القانونية .

ما يجدر الاشارة اليه انه عند توفر الشروط القانونية في العامل فانه يحق كما قلنا سابقا حالته الى التقاعد دون إستشارته أو اخذ موافقته الصريحة ولا يعد انهاء علاقة

¹-JEAN MARC BERAUD , La mise a la retraite : un droit qui se recherche , D.S,N⁰ 09/10, Septembre , Octobre 1992 , P:812.

²-واللذان يكونان متى بلغ العامل سنا معيناً ، و هذا التمييز مرتبط بمصدر الانهاء ، فالإحالة على التقاعد تكون بقرار من صاحب العمل اذا توفرت شروط معينة (60 سنة).

اما الذهاب الى التقاعد فيكون بقرار من العامل الذي يطلب بنفسه انهاء عمله اذا بلغ 55 سنة تفتح له الحق في معاش الشيخوخة .

³-GERARD LEON CAEN , PELISSIER JEAN, Les grands arrêts de droit du travail , 2^{eme} édition Sirey ,1980, P:262-265

العمل بهذه الحالة تسريحا تعسفيا.¹

اما اذا لم تتوفر الشروط القانونية أي احواله دون استشارته او اخذ موافقته يعتبر تسريحا تعسفيا يمنحه الحق في طلب التعويض²، وهو نفس موقف القضاء الجزائري³.

ب- من حيث الشكل و الاجراءات:

تتطلب الاحالة على التقاعد تقديم طلب مكتوب وتكوين ملف متى استوفى العامل الشروط القانونية المحددة و هي السن ومدة الخدمة ، وما على صاحب العمل الا اجابة العامل و اعطائه حقه في المعاش ، و متى حصل ذلك انتهت العلاقة التي تربطهما، بينما اجراءات التسريح التأديبي طويلة ومعقدة مقارنة مع اجراءات الاحالة على التقاعد ، فالإحالة على التقاعد هو اجراء عادي للإنتهاء ،بينما التسريح التأديبي هو اجراء غير عادي لانتهاء علاقة العمل .

ج- من حيث الأثر:

يختلف التسريح التأديبي عن الإحالة على التقاعد، من حيث أن المسرح تأديبيا طبقا للمادة 73 من قانون 90-11 المعدلة و المتممة كما رأينا سابقا لا يستفيد من أي تعويض على خلاف المحال على التقاعد يستفيد من معاش التقاعد الذي له نفس طبيعة الأجر ، فلا يقبل التنازل أو الحجز⁴.

¹-مصطفى قويدري، عقد العمل بين النظرية و الممارسة،مرجع سابق ، ص:242.

²-بشير هادفي،الوجيز في قانون العمل،علاقات العمل الفردية و الجماعية، الطبعة الثانية،دار ربحانة للنشر والتوزيع، الجزائر، ص : 113 .

³- تأكيد لذلك جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي :

"...ومن ثم فان الحكم المطعون فيه لما الغى مقرر الهيئة المستخدمة الذي اتخذته وفقا لما تسمح به المادة 66 من القانون 90-11 في فقرتها الثامنة فانه اساء تطبيق القانون، ذلك ان انتهاء علاقة العمل بسبب الاحالة على التقاعد لا يمكن ان تكون في أي حال من الاحوال تسريحا تعسفيا و قاضي الدرجة الاولى بفصله كما فعل يكون عرض حكمه للنقض الجزئي فيما قضى بالغاء قرار التسريح و الارجاع وتوقيف سريان قرار صندوق الضمان الاجتماعي دون احالة ...".ملف رقم 222184 قرار بتاريخ 2005/05/16،المجلة القضائية ،العدد الثاني،الجزائر، 2002، ص: 287.

4-FRANCOIS GAZIER ,La fonction publique dans le monde ,Edition C U J A S ,1977,P:146et147.

ما تجدر الإشارة إليه، انه إلى جانب التقاعد العادي، وجد التقاعد المسبق الذي يرى فيه البعض انه مفهوما غامضا، اختلف في تكييفه، لكن رجح تكييفه على انه منحة بطالة ذو طبيعة خاصة تمنح للعامل الذي فقد عمله في سن قريبة من السن العادية للإحالة على التقاعد العادي و ذلك مقابل انسحابه من سوق العمل¹.

اخذ المشرع الجزائري بفكرة التقاعد المسبق بموجب المرسوم التشريعي 94-10². في المادة الأولى منه و حدد الشروط التي بموجبها يستفيد العامل من هذا النظام، و اعتبر انه يستفيد منه العامل خلال فترة قد تصل إلى 10 سنوات قبل السن القانوني للإحالة على التقاعد.

يكون التقاعد المسبق بطلب من العامل، ولكن قد يلجأ إليه المستخدم في بعض الحالات فهو حق للعامل و المستخدم معا على خلاف التسريح التأديبي يكون بمبادرة صاحب العمل³.

ثانيا : التسريح التأديبي و الأسباب غير الإرادية للإنهاء

سنتابع في هذا المحور دراسة الصور أو الحالات التي ينتهي بها عقد العمل بسبب خارجي لا علاقة لطرفي عقد العمل سواء العامل أو صاحب العمل بها، حيث نتناول حالة القوة القاهرة أولا ثم حالة انتهاء النشاط القانوني للهيئة المستخدمة ثانيا.

2-NICOLE KERSCHEN et ANNE VALERIE NENOT , La fin des pré – retraites ou l'éternel recommencement , Droit Social , N° 5 Mai , 1993 , P : 470

2-مرسوم تشريعي 94-10 المؤرخ في 26 ماي 1994 يحدد التقاعد المسبق ، الجريدة الرسمية عدد 34 لسنة 1994

³- لكن ما يمكن ملاحظته أن الإحالة على التقاعد المسبق إذا لم يكن العامل موافقا عليه يحق له إتباع الإجراءات العادية، وبالتالي بإمكانه استئناف الحكم، ذلك ان التقاعد المسبق لا يعد إجراء تعسفي او عقوبة اتخذها المستخدم دون مراعاة الإجراءات التأديبية حتى يدخل ضمن المادة 73 مكرر 4 من القانون 90-11 المعدل و المتمم فهو حكم ابتدائي قابل للاستئناف طبقا للاجتهاد القضائي. ملف رقم 242796 قرار مؤرخ في 14/02/2001، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 2002، ص 299.

1-التسريح التأديبي و القوة القاهرة

من خلال دراسة التسريح التأديبي، بينا انه إجراء بمبادرة و إرادة صاحب العمل في حالة تكييف الخطأ المهني المرتكب من العامل أثناء او بمناسبة عمله على انه خطأ مهني جسيم و عليه يطرح التساؤل التالي : ما الذي يميز التسريح التأديبي عن القوة القاهرة؟¹. يرى الفقه ان معايير القوة القاهرة مغايرة و مختلفة في قانون العمل عن القوانين الأخرى فمفهومها نسبي في قانون العمل².

أ- من حيث توفر الإرادة:

يتخذ قرار التسريح التأديبي بإرادة صاحب العمل ، أما القوة القاهرة فهي حادث أجنبي لا دخل لا لإرادة صاحب العمل ولا لإرادة العامل في حدوثها³، ويكون في هذه الحالة كل من طرفي عقد العمل امام استحالة تنفيذ التزامه، و مثال ذلك حريق يقضي على المؤسسة المستخدمة،حالة الحرب، كوارث طبيعية وغيرها.

ان وفاة العامل لا يعتبر حالة من حالات القوة القاهرة ومن ثم عدم تجريد العامل من حقه في تعويض الإخطار و التسريح وهو موقف محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر لها في 5 ديسمبر 1983⁴،وهو نفس موقف القضاء الجزائري⁵.

¹-صلاح محمد احمد ، القوة القاهرة و اثارها في قانون العمل ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة أسبوط ،كلية الحقوق، 1995، ص 5 و 22.

²-لقد عرف أغلبية الفقه القوة القاهرة على انها: " حدث غير متوقع يستحيل دفعه و يجعل تنفيذ العقد مستحيلا " و يجعلها البعض كلمة مرادفة لعبارة " القضاء و القدر".

ان عناصر القوة القاهرة هي :سببا أجنبيا، غير متوقع ،يستحيل تنفيذ العقد بسببه و بها تختفي الالتزامات المتقابلة للعامل وصاحب العمل على حد سواء.فتحي المرصفاوي،النظرية العامة في عقد البيع،المكتبة الوطنية ،ليبيا، 1973، ص 412 و ما بعدها .

³-سليمان احمية ، التنظيم القانوني لعلاقة العمل في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 347.

⁴- BERNADETTE DESARDINS et autres ,Le nouveau droit du code du travail annoté ,15 édition ,1995,P:123.

⁵-وهو ما اكدته المحكمة العليا في احدى قراراتها حيث جاء في احدى حيثياته :

"...من الثابت قانونا ان جميع علاقات العمل المعمول بها يوم التغيير في الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة تبقى قائمة بين المستخدم و العمال/....

ب- من حيث الإجراءات :

تعفي القوة القاهرة صاحب العمل و العامل من احترام مهلة الإخطار¹ باعتبار انه في هذه الحالة نكون أمام حادث غير متوقع ويستحيل دفعه متى أدى الى استحالة مطلقة لاستمرار تنفيذ العقد².

من هذا كله نستنتج أن كل من القوة القاهرة و التسريح التأديبي يعفيان صاحب العمل من التزامه باحترام مهلة الإخطار.

2-التسريح التأديبي و إنهاء النشاط القانوني للهيئة المستخدمة

ان انتهاء النشاط القانوني للهيئة المستخدمة هي حالة جديدة جاء بها قانون 90-11، قد تثير اشكالا بين العامل و صاحب العمل ، كأن يدعي العامل مثلا بان التوقف عن النشاط غير شرعي وكان بفعل غش المستخدم ، وهنا يقع على هذا الأخير إثبات شرعية توقيفه عن النشاط ، كأن يثبت مثلا انه وقع شطب المؤسسة من السجل التجاري³.

.../... ولما قضى قضاة الموضوع بان حقوق العامل تبقى ثابتة عند تغيير مسير المؤسسة مادام انها بقيت محتفظة بطابعها واستمرت في نشاطها و تضاف اقدمية العامل المكتسبة الى تلك التي اكتسبها عند المستخدم السابق فانهم أحسنوا تطبيق القانون.

حيث انه في قضية الحال وكما يستخلص من أسباب القرار المطعون فيه بان الطاعن قد استخلف أبيه و أن المؤسسة الاقتصادية قد انتقلت إليه و احتفظت بطابعها و استمرت في نشاطها ومن ثم فان العقد مازال قائما و ان اقدمية العامل قد اكتسبها عند المستخدم الجديد ... "ملف رقم 196348، قرار مؤرخ في 11/04/2000، المجلة القضائية ، العدد الثاني،الجزائر، 2002 ،ص 110.

¹- احمد شوقي عبد الرحمن،الخطأ الجسيم للعامل واثره على حقوقه الواردة في قانون العمل ،المطبعة العربية الحديثة ، القاهرة، 1979، ص:24

²-CAMERLYNCK,GH et LYON CAEN GERARD, Droit du travail, 9^{eme} édition, Paris, 1978, P : 123-126.

³-بالرجوع الى القانون 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية و الاقتصادية،الجريدة الرسمية عدد2 لسنة 1988، نجد ان المادة 24 منه ذكرت حالات الحل بحكم القانون والتوقف وهي:- ... عندما تندمج مع مؤسسة او عدة مؤسسات عمومية اقتصادية أخرى ... -عندما تكون موضوع إجراء إعادة هيكلة تتضمن إلغاء الشخصية المعنوية القديمة و تخصيص مجموع أصولها الصافية لمؤسسة عمومية اقتصادية جديدة، كما نصت المادة 38 منه على حالة الدمج الكلي و بحدوئه حل الشركة التي قامت بالدمج محل المؤسسة العمومية الاقتصادية المدمجة من حيث الحقوق و الالتزامات. مصطفى قويدري ،عقد العمل بين النظرية والممارسة، مرجع سابق ، ص: 246.

ان العمال المسرحين نتيجة التصفية القضائية هم الأكثر حظا لأنهم يستفيدون من تأمين ضد أخطار المؤسسة ، ثبت لهم هذا الحق في فرنسا بعد الغاء الرخصة الادارية واحلال محلها الرخصة القضائية المسبقة على انهاء عقد عملهم ،فهؤلاء اكثر حماية من العمال المسرحون تأديبيا الذين لا يستفيدون من هذه الامتيازات و لا من هذا النظام القانوني ، بل يحرمون كما سبق الإشارة إليه من مهلة الإخطار و تعويض التسريح¹ .

ثالثا : التعريف المتفق عليه للتسريح التأديبي

الكثير من التعاريف المقترحة من الفقه قيل عنها انها غير منطقية عرفت التسريح التأديبي بالسلب او النفي² ، كالتي عرفته بانها ذلك التسريح الذي ليس له سبب اقتصادي و انما سببه لصيق بشخص العامل،وعليه من خلال مجموعة الاراء الفقهية التي قيلت في تعريف التسريح التأديبي و بعد تمييزه عن غيره من الصور الاخرى لانهاء علاقة العمل يمكن القول ان التعريف الجامع او المتفق عليه هو الذي يعرف التسريح التأديبي كما يلي:

”التسريح التأديبي هو اجراء قانوني يتخذه صاحب العمل بارادته المنفردة نتيجة ارتكاب العامل خطأ مهني جسيم بعد مراعاة الإجراءات التأديبية وفقا لما تحدده النصوص القانونية و التنظيمية و الاتفاقية في هذا الشأن.

هدفه المحافظة على السير الحسن لمشروعه و تحقيق استقراره و يؤدي الى انهاء علاقة العمل المبرمة مع العامل لمدة غير محددة³ .”

1-JEAN MARC SRORTOUCH ,(Les licenciements en cas de redressement ou de liquidation judiciaire) , Droit social, N⁰9 / 10Sep /Oct 1992 , P:791-795.

2-JEAN CLAUDE JAVILIER , Droit du travail, Librairie générale de droit et de jurisprudence,7^{eme} edition, Paris 1978 , P :246-256.

³-عبد الرحمن حمدي ، قانون العمل، الدار الجامعية ،دون مكان نشر، 1987، ص: 32.

-JACQUE SASEMA, La durée des contrats successifs, Thèse doctorat ,L.G. D.J , Paris,1968,P :153

المطلب الثاني : السلطة المختصة بالتسريح التأديبي

من اجل المحافظة على حسن سير المؤسسة و انتظام العمل و استقراره فيها،خول القانون المستخدم صلاحية تمكنه من حماية مصلحة مؤسسته ، تتمثل هذه المكنة في السلطة التأديبية التي يمارسها المستخدم من اجل ضمان احترام ما هو وارد في النظام الداخلي من اوامر وتعليمات وتوصيات تخص السير الحسن للعمل في المشروع اذ يستوجب تحديد تعريف و مضمون السلطة التأديبية (الفرع الأول)، كما انه كثيرا ما اختلف الفقه حول الأساس القانوني الذي يستمد منه المستخدم سلطته في المبادرة بالإنهاء الوظيفي الانفرادي لعلاقة العمل التي تربطه بالعامل (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تعريف السلطة التأديبية :

يتمتع المستخدم بصلاحيات واسعة تتمثل في سلطة الإدارة و سلطة التنظيم و التسيير والإشراف على العمل بالمؤسسة و إصدار التعليمات و اللوائح و الأوامر الضرورية لتحقيق الهدف الذي أنشأت أصلا لأجله المؤسسة .

لممارسة هذه المهمة أعطيت له سلطة من شأنها ضمان احترام محتوى السلطات الاخرى وهي السلطة التأديبية¹، فهي من أهم و اخطر الصلاحيات و السلطات التي يتمتع بها صاحب العمل في مواجهة العامل، في مختلف التشريعات العمالية الحديثة ومنها التشريع الجزائري. هذه السلطة تمكن صاحب العمل من اتخاذ كافة التدابير وتوقيع الجزاءات او العقوبات التأديبية اللازمة و الضرورية على العامل الذي ارتكب خطأ مهنيا اثناء ادائه لعمله أو بمناسبته أو بمخالفته لأوامره و توجيهاته² سواء تلك التي تخاطب جميع العمال او تلك الموجهة لفئة معينة منهم او تلك الموجهة لعامل معين بذاته³.

¹-سعيد طربيت، سلطة المستخدم في تسريح العمال تأديبيا ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2001، ص: 28.

²-سليمان أحمية ،التنظيم القانوني لعلاقة العمل في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص: 197.

³- محمود جمال الدين زكي، قانون العمل، الطبعة الثالثة، دار الكتاب، القاهرة، 1983، ص: 145.

عرفها بعض الفقه على انها : السلطة التي تخول المستخدم ان يوقع عقوبات تأديبية في حال عدم امتثال العمال للتوجيهات و الأوامر بغرض إلزامهم على احترام النظام الداخلي و تحقيق الاستقرار داخل المؤسسة¹.

ان سلطة التأديب خلافا لسلطتي الادارة و التنظيم ، لم يكن منشأها نصوصا تشريعية في أقدم أنظمة العمل وعلى رأسها فرنسا ، بل كان منشأها قضائيا ، و تعود اول حادثة في ذلك لقضية معمل الزرابي بأبيسون² «ABUSSON» في 1864 ،ومنذ ذلك التاريخ اعترف القضاء الفرنسي للمستخدم بالسلطة التأديبية³.

فالسلطة التأديبية ضرورية لكل جماعة منظمة تسمح للمستخدم كما قلنا سابقا بإلزام

العمال على الامتثال للأحكام و القواعد الواردة في النظام الداخلي الذي يسير المؤسسة من خلال فرض عقوبات تأديبية على العمال الذين يخالفونه بارتكابه أخطاء مهنية وهي كما قلنا سابقا اخطر السلطات التي يتمتع بها صاحب العمل وهنا تظهر اهمية دراستها و توضيحها ، حيث تجعل صاحب العمل يتصف بصفة الخصم و الحكم في نفس الوقت .

فهو خصم لانه المتضرر الأول جراء مخالفة الأحكام و القواعد الواردة في النظام الداخلي والتي تحكم السير الحسن للمؤسسة،على اعتبار ان ذلك يعتبر تهديدا وخطرا على مصيرها ، كما له صفة الحكم لانه هو الذي يوقع العقوبة التأديبية الأمر الذي يمكنه من

¹ - سعيد طريبيت، مرجع سابق، ص: 28.

² - تتلخص وقائع هذه القضية كما يلي: (قام مالكو معمل الزرابي «ABUSSON» «السادة باري « mrs paris » سنة 1863 بإلصاق نظام داخلي على عتبة المعمل يمنع العمال من لباس الأحذية ذات الكعب العالي « SABOTS » و إلا تعرض المخالفون منهم لغرامة تقدر ب 10 فرنكات ، ولما قدمت السيدة جويلار « Juillard » للعمل بحذاء دون كعب قام السادة باري بخصم 10 فرنكات من أجرها وهوما يمثل نصف أجرتها الشهرية.

و قد اصدر المجلس المتساوي الأعضاء « conseil de pru d'hommes » « لأبيسون في 10 ماي 1864 قرار يعترف فيه للسادة باري بحق تحديد شروط العمل في مصنعهم بواسطة نظام داخلي و فرض عقوبات تأديبية على الذين يخالفونه ، ولوان المجلس اعتبر في جزء اخر من حكمه أن الغرامة ضخمة ومبالغ فيها و ان السادة باري ، لم يعرضوا ذلك النظام على المجلس للمصادقة عليه مسبقا و هوما جعله يخفض تلك الغرامة إلى خمسين سنتيما).نقلا عن: سعيد طريبيت، مرجع سابق ، ص: 29 .

³ -PAUL BOUAZIZ ,Du pouvoir souverain vers un droit disciplinaire ,Revue de droit sociale,Paris ,N⁰ 3,Septembre 1984,P:34.

التعسف و الإساءة للعامل إذا خرج عن الغرض الذي قررت لأجله السلطة التأديبية الا وهو ضمان السير الحسن للمؤسسة .

ان السلطة التأديبية لها طابع مزدوج فهي تمنح المستخدم صلاحية الاتهام و التحقيق في آن واحد¹.

من البديهي القول بضرورة الاعتراف لصاحب العمل بالسلطة التأديبية اتجاه العامل حفاظا على حسن سير المؤسسة وعدم الإضرار بالمصالح الاقتصادية لصاحب العمل في ظل نظام رأسمالي يمثل فيه الانهاء الاحادي او الانفرادي لعلاقة العمل بسبب ارتكاب العامل خطأ مهنيا جسيما احد المبادئ التي كرسها المشرع في قانون العمل ، اعترافا منه بحرية العمل و التعاقد².

و لئن اقر المشرع بهذه السلطة فانه بالمقابل كرس مجموعة من الضمانات الحمائية و القيود تسمح بحماية حقوق العامل ، الطرف الضعيف في علاقة العمل ، في حالة تعسف المستخدم في ممارسة سلطته التأديبية ، ومن اجل الوصول الى الاستعمال المقبول و المشروع لهذه السلطة ، و بالأخص تحقيق العدالة و المساواة في توقيع العقاب³.

الفرع الثاني : مصدر السلطة التأديبية :

إذا كان الفقه بمختلف اتجاهاته، يعترف للمستخدم بالسلطة التأديبية الا انه اختلف حول الأساس والمصدر الذي يستمد منه المستخدم هذه السلطة⁴، حيث تعددت وتتنوع النظريات الفقهية حول تحديد مصدر السلطة التأديبية، فارجعها البعض الى القانون رغم عدم وجود نصوص قانونية واضحة وصريحة تنص على مختلف السلطات التي يتمتع بها المستخدم ، وهناك من اعتبرها نتيجة وجود عقد العمل وهناك من جعل النظام الداخلي للمؤسسة مصدر

¹-سعيد طريبت، مرجع سابق ، ص: 31 و 32

²-بشير هادفي ، الحماية الوظيفية و الإقتصادية للعامل للعامل في قانون العمل الجزائري ،مرجع سابق،ص: 111 و 112 .

³-سوف نتناول الضمانات المقررة للعامل و الآثار المترتبة على التسريح التعسفي في الفصل الثاني.

⁴-سليمان أحمية ،التنظيم القانوني لعلاقة العمل في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص: 197

هذه السلطة التأديبية ، في حين أرجعها البعض الى حق الإشراف و الرقابة الذي يتمتع بهما المستخدم ، واخيرا هناك من أرجعها الى المجلس التأديبي الذي يوجد على مستوى الهيئة المستخدمة.

اولا : القانون مصدر السلطة التأديبية:

يمكن استخلاص صلاحيات او سلطات المستخدم وخاصة السلطة التأديبية على الرغم من عدم وجود نصوص قانونية تتناول بصفة محددة ومنظمة هذه السلطات ، من خلال النصوص الخاصة بادارة الشركات في ظل القانون التجاري ، وكذلك من خلال نصوص قانون العمل الذي يحدد واجبات والتزامات العامل تجاه المستخدم، لا سيما المادة السابعة من قانون 90-11¹ .

ففي شركة المساهمة من خلال القانون التجاري نجد أن رئيس مجلس الإدارة أو المدير العام يتمتع بصلاحيات واسعة في الادارة والتسيير (التنظيم) وصولا إلى حقه في ممارسة السلطة التأديبية، حيث يجوز له توقيع و اصدار عقوبة تأديبية على العامل الذي ارتكب خطأ مهنيا بعد مراعاة الاجراءات التأديبية الواردة في هذا المجال، لكن الاشكال المطروح في شركة التضامن حيث لا يمكن و لا يتصور صدور قرار تأديبي من شريك على شريك آخر لتساوي مركزهما ومسؤوليتهما التضامنية ، خصوصا بالنسبة للشريك بعمل².

ثانيا: العقد مصدر السلطة التأديبية

1-تنص المادة 7 من قانون 90-11 على ما يلي:«يخضع العمال في اطار علاقات العمل للواجبات الأساسية التالية:
* أن يؤديوا، بأقصى ما لديهم من قدرات ، الواجبات المرتبطة بمنصب عملهم و يعملوا بعناية و مواظبة في اطار تنظيم العمل الذي يضعه المستخدم.

* ان يساهموا في مجهودات الهيئة المستخدمة لتحسين التنظيم و الإنتاجية.

* ان ينفذوا التعليمات التي تصدرها السلطة السلمية التي يعينها المستخدم أثناء ممارسته العادية لسلطته في الإدارة.

* ان يراعوا تدابير الوقاية الصحية و الأمن التي يعدها المستخدم وفقا للتشريع و التنظيم.

* ان يتقبلوا انواع الرقابة الطبية الداخلية و الخارجية التي قد يباشرها المستخدم ، في اطار طب العمل او مراقبة المواظبة.....».

² - سعيد طربيت ، مرجع سابق ، ص:40 و 41.

يجمع الفقه التقليدي¹ على ان أساس و مصدر السلطة التأديبية هو عقد العمل ، انطلاقا من مبدأ و خاصية أو ميزة التبعية التي تفرضها طبيعة هذا العقد « subordination » هذا الاخير يخول للمستخدم على حساب العامل صلاحيات و سلطات في المجال التأديبي بموجبها يوقع الجزاء التأديبي في حال مخالفة العامل و رفضه الخضوع لاوامر و التوجيهات الصادرة من صاحب العمل سواء الكتابية منها او الشفوية² . فهذا الامر يخول صاحب العمل كما قلنا سابقا حق معاقبة العامل و ردعه بل تسريحه تأديبيا حين يرتكب خطأ مهنيا جسيما³ .

يعتبر هذا الاتجاه ان النظام الداخلي وتعليمات العمل ملحق لعقد عمل او شرط جزائي من الشروط المدرجة فيه⁴ ذلك ان مصدر إلزامية الأحكام الواردة في النظام الداخلي وتعليمات العمل هو العقد المبرم ما بين الطرفين و من اهم مؤيدي هذه النظرية كل من الفقيهين الفرنسيين كلود اورلياك (Claude Orliac) و جاك فولات (Jaques Voilet) ومن اهم معارضيها الفقيه الفرنسي برنارد سوان (Bernard Soinne) .
انتقدت هذه النظرية لعدة اسباب اهمها :

-ان التأديب يعتبر أمرا غريبا على روح العقد ، لأن العلاقات التي تنشئ بين المستخدم و العامل في نطاق فكرة التأديب ليست علاقات التزامات متولدة عن العقد ، اذ ليس للالتزامات التأديبية محل مقدر بالنقود ، كما أن العقد ليس شرطا لقيام حالة التبعية ،فهذه الأخيرة قد توجد دون تعاقد كما في مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه التي يعود مصدرها الى القانون .
-ان اعتبار القانون الداخلي و تعليمات صاحب العمل ملحق لعقد العمل غير صحيح حيث لو كان كذلك لما جاز لصاحب العمل ان يستقل بوضعها أو تعديلها دون موافقة العمال،فما تعقده إرادتين لاتحله إرادة واحدة ، و الا كان للعمال حق الاعتراض على التعديل اذا لم تأخذ موافقتهم عليه صراحة طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز تعديله و لا نقضه إلا باتفاق الطرفين ، كذلك اعتبار لائحة العمل (النظام الداخلي) ملحق عقد العمل

¹ G.H CAMERLYNK, Droit du travail , PRECIS D'ALLOZ, 12 édition, 1984,P :135.

² -علي عوض حسن، مرجع سابق ، ص: 65.

³ -بشير هادفي ، الحماية الوظيفية و الاقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري ، مرجع سابق ، ص :113.

4- BERNARD SOINNE, L'analyse juridique du règlement intérieur d'entreprise , LGDJ, Paris,1970, P :39.

معناه لا يمكن تطبيق هذه اللائحة على الأشخاص الذين التحقوا بالمشروع بدون عقد عمل وهذا أمر غير ممكن تصوره .

-إن القول بفكرة حصر كافة التصرفات و الأخطاء التأديبية في عقد العمل موقف غير صحيح، على اعتبار أنه غير ممكن من جهة، ومن جهة أخرى فان التسليم بذلك معناه تقييد صاحب العمل ومنعه من عقاب و تأديب العامل على التصرفات و الاخطاء الغير واردة في العقد من جهة اخرى¹ .

-هذا الإتجاه لا يميز بين العقوبات التأديبية و الجزاءات المدنية المتمثلة خاصة في التعويض في حالة الاخلال باحد الالتزامات او عدم تنفيذها بينما العقوبات التأديبية تكون عن التصرفات غير العادية الضارة بمصلحة صاحب العمل .

لا يمكن الاقتداء بالنظرية العقدية وحدها حيث لا تسمح بتحديد السلطة التأديبية للمؤسسة في اطار الحقوق و الالتزامات العقدية المتبادلة ، مما يتعين معه بالضرورة اختفاء حق الإنهاء الانفرادي الأحادي لعلاقة العمل سواء كان ذلك بالفسخ أو التسريح ، على اعتبار انه ما الفائدة من تحديد عناصر الخطأ التأديبي و بيان الجرائم التأديبية وتقرير ضمانات للعامل في حالة خرق أو تجاوز ذلك إذا كان بإمكان المستخدم أن يتصرف بصفة منفردة و بدون تقييد خاصة في مجال التسريح.²

ثالثا : النظام الداخلي مصدر السلطة التأديبية

يرى مؤيدوا هذا الاتجاه منهم الفقيه الفرنسي كاميرلينك (CAMERLYNCK) والفقيه المصري محمود جمال الدين زكي ان النظام الداخلي للمؤسسة هو مصدر السلطة التأديبية على اعتبار انه هو الذي يحدد الأخطاء المهنية التأديبية والعقوبات المطابقة لها ، بحيث تتلشى فكرة الالتزامات المتبادلة والحقوق المتساوية النابعة من النظرية العقدية، ويلتزم العامل بما جاء في النظام الداخلي لا على اعتبار انه جزء مكمل او اتفاق

لاحق لعقد العمل و إنما على أساس انه قانون العمال او المجتمع الصغير ، حيث يعتبر المشرع في هذا المجتمع المصغر هو صاحب العمل، فهو الذي ينفرد و يستقل بوضع النظام الداخلي و قد يضع أيضا تعليمات تحدد طرق التنفيذ بصورة دورية او يومية ، و

1- سليمان أحمية ، التنظيم القانوني لعلاقة العمل في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص: 198.

2 – BARNARD SOINNE, op.cit, p: 132.

يحدد ايضا الإجراءات التأديبية على أساس أن النظام الداخلي يتضمن العموميات أو المبادئ العامة في المجال التأديبي¹.

انتقدت هذه النظرية على أساس انه لا يمكن تشبيه المستخدم و القانون الداخلي بالمشرع و التشريع في ظل الدولة القائمة لتعارضه مع فكرة تدخل الدولة في تنظيم علاقات العمل بين العمال و المستخدم.

ان حماية العمال تبرز أكثر في عقد العمل مما تكون في النظام الداخلي الذي يستقل بوضعه المستخدم².

الكثير من العقوبات التأديبية لم ينص عليها النظام الداخلي، ومع ذلك لا يمكن القول بعدم شرعيتها لعدم النص عليها في هذا الأخير، لان ذلك يقيد سلطة المستخدم في المجال التأديبي و يؤدي الى الإضرار بالمصالح الاقتصادية للمشروع، وإفلات الكثير من العمال من توقيع عقوبات عليهم رغم وضوح وجسامة أخطائهم بحجة عدم النص عليها في النظام الداخلي ما يمثل إجحاف في حق صاحب العمل .

رابعا : الاشراف و الادارة مصدر السلطة التأديبية :

امام الانتقادات العديدة التي وجهت لنظرية النظام الداخلي كأساس للسلطة التأديبية رأى فريق آخر بما فيه محكمة النقض الفرنسية، لا سيما في حكمها الصادر في 16 جوان 1945 حول تبرير توقيف العامل بالرغم أن عقوبة التوقف عن العمل لم ينص عليها النظام الداخلي للعمل ، اذ بررت محكمة النقض الفرنسية حكمها بتأييد صحة العقوبة على أساس ان السلطة التأديبية ملازمة لصفته كصاحب العمل³.

فحق الإشراف و الإدارة الذي يخوله العقد للمستخدم هو الذي يجعله من الناحية القانونية رئيسا للمؤسسة، وهو ما يبرر اختصاصه لتوقيع الجزاء التأديبي و هو الذي يجيز له

¹ - سعيد طريبيت، مرجع سابق، ص: 43.

² - اسماعيل غانم، قانون العمل ، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، القاهرة، 1961-1962، ص: 276 و 277.

3-« La mise à pied est justifiée, car le patron a un pouvoir disciplinaire inherent a sa qualite». نقلا عن: احمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقة العمل في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص: 194.

1- CLAUDE ORLIAC, Le contrat de travail d'après la loi et la jurisprudence, LGDJ, Paris, 1970, P: 15-22.

صلاحية اصدار النظام الداخلي، و لو لم يلزمه القانون به، و هو الذي يجيز له حق تعيين العامل و نقله و كذلك حق فصله او تسريحه تأديبيا¹، و كل ذلك من متطلبات نظام المؤسسة وذلك من اجل استتباب الأمن و النظام فيها و ضمان السير الحسن لها و من أجل ضمان الفعالية في تنفيذ أوامر و توجيهات صاحب العمل و مصلحة هذا الأخير².

انتقدت هذه النظرية على أساس ربط حق توقيع جزاء تأديبي بملكية المؤسسة لم يعد معيار يرتبط برأس المال و الدليل أنه أصبح للقضاء حق توقيع عقوبة التسريح التأديبي على عامل ارتكب خطأ ألحق ضرر بالمؤسسة .

خامسا :المجلس التأديبي مصدر السلطة التأديبية

اذا كان الحفاظ على المؤسسة و ضمان حسن سيرها يقتضي بالضرورة تمتع صاحب العمل بوظيفة و سلطة تأديبية لتحقيق مصلحة المشروع ، فان تحقيق هذا الغرض يفترض وجود جهاز يتمتع بسلطة تقريرية تجاه قرار الإنهاء الوظيفي لعلاقة العمل بسبب الخطأ الجسيم للعامل للتأكيد على صفة جماعية قرار الإنهاء الوظيفي، و من اجل تفادي خطر الإنهاء او التسريح التعسفي لعلاقة العمل.

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري يرى بعض الفقه انه اخذ بنظرية نظام المؤسسة كأساس للسلطة التأديبية حيث يستمد منه المستخدم سلطته في تسريح العامل بسبب ارتكابه خطأ جسيم، يظهر ذلك من خلال الأخذ بفكرة الخطأ المهني الجسيم التي تعد تطبيق لفكرة السبب الحقيقي الجدي للتسريح التأديبي الذي يستند على مصلحة المؤسسة لتقييم سبب التسريح، و في المقابل ساير المشرع التطور الحديث الذي طرأ على علاقات العمل من حيث تقييده لحق التسريح التأديبي للعامل و عدم جعله حق مطلق و بلا حدود³، و من اجل تفادي تعسف المستخدم في ممارسة سلطته التأديبية في ظل الاختلاف و عدم التوازن الكبير

2- سليمان احمية، التنظيم القانوني لعلاقة العمل في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص: 198

1- بشير هادي، الحماية الوظيفية والإقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري، مرجع سابق، ص 114.

بين طرفي علاقة العامل عامل في مركز ضعيف و صاحب العمل في مركز اقوى لملكيته وسائل الإنتاج وتحكمه في زمام المبادرة،يستوجب محاولة مراعاة مصلحة العامل هو الآخر و ليس فقط مصلحة المؤسسة من خلال تحقيق استقراره الوظيفي و ضمان أجره الذي يعد مصدر رزقه ومورده الوحيد.

لذلك تغير الوضع من فكرة مصلحة المؤسسة مصدر سلطة الإنهاء الوظيفي بسبب الخطأ الجسيم إلى فكرة ديمقراطية التسيير من خلال إقراره سلطة المجلس التأديبي او كما يسمى باللجان التأديبية المتساوية الأعضاء كل ذلك كما قلنا سابقا كمحاولة لإعادة التوازن الذي ظل مفقودا بين طرفي علاقة العمل بعدما كانت تغلب مصلحة صاحب العمل الاقتصادية و الحد من التسريجات التعسفية الكثيرة ، نتيجة الإفراط في ممارسة السلطة التأديبية او حق الإنهاء الأحادي الانفرادي لعلاقة العمل دون احترام الضوابط الواردة في هذا الاطار.

لكن اذا لم تكن هذه المسألة تثير اي إشكالية في قانون العمل الجزائري قبل تعديله سنة 1990 أين خصصت عدة نصوص قانونية للتأكيد على هذه الضمانة المهمة و دورها في الحد من الإنهاء التعسفي لعقد العمل الا انه بعد تعديل 1990 لا نجد أي نص يتعلق باللجان التأديبية المتساوية الأعضاء وهو ما طرح عدة تساؤلات في هذا الشأن.

في الأخير تجدر الإشارة إلى اختلاف الأخذ بهذه النظريات حسب النظام الاقتصادي السائد في الدولة فالدول التي تاخذ بالنظام الراسمالي¹ لا ترى أساسا لسلطة صاحب العمل في توقيع عقوبة التسريح أي ممارسة سلطة التأديبية سوى ملكية مؤسسته بناء على ملكيته لرأس المال ومن ثم يكون غرض هذه السلطة هو تحقيق مصلحة المؤسسة الرأسمالية ، بينما الدول التي تاخذ بالنظام الإشتراكي ترى ان أساس تلك السلطة لا يمكن الا ان يكون المسؤولية القائمة على رأس إدارة المؤسسة التي هدفها تحقيق التوازن في تنظيم أفضل للعمل و إشباع حاجات المجتمع².

¹ - سعيد طريبت، مرجع سابق ، ص: 45.

² - علي عوص حسن، مرجع سابق ، ص: 91-96.

بناء على ما تقدم، فإن أساس سلطة توقيع عقوبة التسريح التأديبي هو المسؤولية المشتركة بين الأطراف الثلاثة¹، اولها المستخدم المتخذ للعقوبة التأديبية، وثانيها العامل المطلوب تسريحه تأديبيا ويمثله غالبا عضوا نقابي من المؤسسة ، وثالثها الدولة من خلال مؤسستها الإدارية و القضائية ولا بد على هذه الأطراف ان تمارس مسؤولياتها في ظل نظام تأديبي قائم بذاته في المؤسسة الا وهو النظام الداخلي.

المبحث الثاني : الخطأ المهني الجسيم المؤدي الى التسريح التأديبي

ان الاعتراف و التسليم لصاحب العمل بالسلطة التأديبية تجاه العامل حفاظا على حسن سير المؤسسة و عدم الإضرار بالمصالح الاقتصادية لصاحب العمل على الرغم من اختلاف تفسير أساس ومصدر هذه السلطة فإنه يستلزم في المقابل عدم ترك هذه الاخيرة بدون قيود او تقديريا يمارسها المستخدم دون ضوابط او حدود ، و ذلك من اجل تقادي و تجنب أي تعسف ممكن و محتمل من صاحب العمل في ممارسته لها و من ثم ينعكس سلبا على الاستقرار الوظيفي للعامل و امنه، لذلك فرضت أغلبية التشريعات العالمية و منها تشريع العمل الجزائري في مختلف نصوصه خاصة قانون 90-11 من خلال المادة 73 على أصحاب العمل مجموعة من الأحكام و القواعد القانونية التي يلزم على أصحاب العمل مراعاتها وإتباعها و تشمل ضرورة صدور خطأ مهني جسيم من العامل لصحة التسريح التأديبي في حقه الأمر الذي يستلزم تحديد مفهومه (المطلب الأول). كما يشترط ان يكون هذا الخطأ من الأخطاء الجسيمة الواردة حصرا في المادة 73 وهو ما يستدعي دراسة هذه الأخطاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم الخطأ المهني الجسيم

2-حسن كبيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1969، ص: 244.

تصنف الأخطاء المهنية في اغلب القوانين و النظم المقارنة الى درجتين من حيث جسامتها وأهميتها، أخطاء خفيفة او بسيطة لا تؤدي رغم تفاوتها في الأهمية الى الفصل من العمل بل يترتب عليها عقوبات اقل خطورة كإلذار و التوبيخ و الحرمان من الترقية وغيرها، وهي تلك التي تصنف عادة الى اخطاء درجة اولى و اخطاء درجة ثانية و اخطاء اكثر خطورة من الاولى و الثانية و هي التي تصنف عادة الى أخطاء من الدرجة الثالثة و اخطاء جسيمة، أي تلك التي تصل عقوبتها الى الفصل من العمل ونظرا للآثار الوخيمة التي تترتب عن مثل هذه الاخطاء و المتمثلة في فقدان العامل منصب عمله تكفل المشرع نفسه في تحديدها منها ماتضمنته المادة 73 من احكام القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل¹ و منها ما تعرضت اليه احكام القانون رقم 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها و ممارسة حق الاضراب².

وعليه يظهر جليا ان الخطأ الجسيم وحده هو الذي يؤدي الى توقيع عقوبة التسريح التأديبي على العامل دون غيره من الاخطاء الاخرى، الأمر الذي يستوجب تعريف الخطأ الجسيم (الفرع الأول)، ومعايير وصف او تقدير الخطأ المهني الجسيم (الفرع الثاني)، اضافة الى طرق تحديد حالات الخطأ المهني الجسيم (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الخطأ المهني الجسيم

هناك عدة تعاريف للخطأ المهني الجسيم تختلف باختلاف مصادرها ، فهناك تعاريف فقهية، تعاريف قضائية و تعاريف تشريعية .

أولا-التعريف الفقهي:

قيلت عدة تعاريف فقهية للخطأ المهني الجسيم :

1-تتص المادة 73 من القانون 90-11 المعدلة بالقانون 91-29 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، الجريدة الرسمية عدد 68 لسنة 1991: "يتم التسريح التأديبي في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة...".

2-أنظر: المادة 36 من القانون 90-02 المؤرخ في 6 فيفري 1990 يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها وممارسة حق الإضراب المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية عدد 6 لسنة 1990.

أ- " ذلك التصرف الذي يقوم به العامل فيلحق به اضرارا بمصالح صاحب العمل او بممتلكاته او يخالف به احدى التزاماته المهنية ، ويلحق به خسائر و اضرار اما بصاحب العمل، او للعمال الاخرين ، مما يجعل استمرار العامل في العمل امر غير مقبول اما لخطورته واما بسبب المحافظة على النظام و الاستقرار في مكان العمل"¹.

ب- "كل الافعال الناتجة عن قصد او عن اهمال و الماسة بالنظام المعمول به في المشروع او من شأنها الحاق اضرار به او بالعمال او تشكل خرقا بالتزامات العامل المهنية تجاه صاحب العمل"².

ج- " مخالفة العامل للالتزام مهني شرعي و لذلك يتعين لإثبات اي خطأ اثبات الالتزام المرتبط به وطابع المهني وشرعيته"³.

وعليه الخطأ التأديبي وبصفة خاصة الخطأ المهني الجسيم يقوم على فكرة الاخلال بالالتزامات المهنية الجوهرية الذي من شأنه الحاق اضرار بصاحب العمل او بممتلكاته، و الاضرار بالعمال الاخرين وبصفة عامة الاخلال بحسن سير المؤسسة واستقرارها .

ثانيا-التعريف القضائي :

لم نجد قرارات في القضاء الجزائري تورد تعريف للخطأ المهني الجسيم،وعليه سنعرض التعريف الذي انتهت اليه محكمة النقض المصرية اذ عرفته بانته: " هو صورة من صور الخطأ الفاحش ينبئ عن انحراف مرتكبه عن السلوك المألوف و المعقول للموظف العادي في مثل ظروفه ، وقوامه تصرف ارادي خاطئ يؤدي الى نتيجة ضارة توقعها الفاعل او كان عليه ان يتوقعها و لكنه لا يقبل احداثها ولم يقبل وقوعها و السلوك المعقول للموظف العادي تحكمه الحياة الاجتماعية و البيئة و العرف ومألوف الناس في اعمالهم وطبيعة مهنتهم

¹- سليمان احمية ،التنظيم القانوني لعلاقة العمل في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص: 354.

²-ياسين بن صاري،التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري، الطبعة الثالثة،دارهومة للطباعة والتوزيع،الجزائر، 2010،ص 13.

³-عبد السلام ديب ،قانون العمل و التحولات الإقتصادية،دار القصبية للنشر،الجزائر، 2003، ص :13.

وظروفها ، فان فقد عن بذل القدر الذي يبذله اكثر الناس تهاونا في امور نفسه كان تصرفه خطأ جسيما " ¹ .

وعرفته الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية في قرار صادر لها في 26 فيفري 1995 انه : " الخطأ الناتج عن فعل او مجموعة من الافعال اللصيقة بالعامل وتشكل مخالفة للواجبات الناجمة عن عقد العمل او علاقات العمل لها اهميتها بحيث تجعل الاحتفاظ بالعامل في المؤسسة مستحيلا خلال فترة الاخطار ² .

ثالثا-التعريف التشريعي:

لا يوجد تعريف محدد للخطأ المهني الجسيم في تشريع العمل الجزائري فالقانون 90-11 اكتفى بموجب المادة 73 المتعلقة بعلاقات العمل المعدلة بموجب القانون 91/29 بسرد بعض الحالات او التصرفات الصادرة عن العامل و اضفى عليها صبغة الاخطاء الجسيمة دون تقديم تعريف صريح و شامل للخطأ المهني الجسيم ³ ، ماعدا الاشارة لبعض خصائصه بموجب الامر الملغى رقم 31/75 المتعلق بعلاقات العمل في القطاع الخاص الذي نص في المادة 33 منه على انه " في حالة ارتكاب الخطأ الخطير المشار اليه في المادة السابقة من العامل او صاحب العمل بمناسبة التزامتهما او مخالفة للقانون العام بشكل لا يمكن الابقاء على علاقة العمل يمكن انهاء العقد من الطرف المتضرر " .

وبهذا فالخطأ المهني الجسيم حسب هذا النص هو خطأ يرقى الى درجة من الخطورة يستحيل معها الابقاء على علاقة العمل قائمة ، مع الاشارة بان القانون السابق 82-06 كان يطلق عليها تسمية الاخطاء الخطيرة .

¹- فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدي ، دراسة مقارنة ، دارالنهضة العربية ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، القاهرة ، 1977 ، ص: 144 .

²- نقلا عن :عطاء الله بوحميده ، تطورات المادة 73 من قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل و بعض اشكاليات تطبيقها ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية ، العدد الثاني، الجزائر، 2007، ص :144 .

³- ياسين بن صاري ، التسريح التا ديبى في تشريع العمل الجزائري ، مرجع سابق، ص:14

فالمادة 73 المعدلة قرنت التسريح التأديبي بارتكاب العامل لخطأ جسيم دون ان تقدم له تعريفا واكتفت بذكر حالاته فقط بعدما كانت المادة 73 قبل التعديل¹ توكل مهمة تعريف الخطأ الجسيم وحتى تحديد درجة خطورته او حالاته للمستخدم بموجب النظام الداخلي للمؤسسة ، و هذا امر منطقي لان التعريفات كما يقال ليست من اختصاص المشرع و لهذا تدخل كل من القضاء و الفقه لاعطاء تعريف للخطأ المهني الجسيم بعدما اقتصر دور المشرع كما راينا سابقا على تعداد حالات الخطأ المهني الجسيم.

تجدر الاشارة الى ان القانون الاساسي العام للتوظيف العمومية 06 - 03 الصادر في 2006² عرف من خلاله المشرع الخطأ المهني في الباب السابع المعنون ب " النظام التأديبي " من الفصل الاول المعنون ب " المبادئ العامة " في المادة 160 منه على انه :
" يشكل كل تخل عن الواجبات المهنية او المساس بانضباط او كل خطأ او مخالفة من طرف الموظف اثناء او بمناسبة تأدية مهامه خطأ مهني و يعرض مرتكبه لعقوبة تأديبية دون المساس عند الاقتضاء بالمتابعات الجزائية " ³.

الفرع الثاني: معايير وصف او تقدير الخطأ المهني الجسيم المؤدي الى التسريح التأديبي

نص المشرع الجزائري في المادة 73 مكرر 1 في قانون 90-11 على انه " يجب ان يراعي المستخدم على الخصوص، عند تحديد ووصف الخطأ الجسيم الذي يرتكبه العامل الظروف التي ارتكب فيها الخطأ و مدى اتساعه و درجة خطورته و الضرر الذي الحقه به وكذا السيرة التي كان يسلكها العامل حتى تاريخ ارتكابه الخطأ نحو عمله و نحو ممتلكات هيئته المستخدمة "، ومن هنا الزم المشرع صاحب العمل عند وصف او تكييف الخطأ الجسم الاعتماد على معايير موضوعية و اخرى ذاتية تعطي لنا التفسير الحقيقي

¹-تنص المادة 73 من قانون 90-11 قبل التعديل: "يتم العزل في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة حسب الشروط المحددة في النظام الداخلي".

²-قانون 06-03 المؤرخ في 19 جويلية 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية ،الجريدة الرسمية العدد 46 لسنة 2006.

³-نبيل صقر وفراج محمد الصالح ، تشريعات العمل نسا و تطبيقا ،دار الهدى، الجزائر،، 2009، ص: 297.

لارتكاب الخطأ وتمنحنا الوصف القانوني الأكثر ملائمة في تحديد مدى تعسف المستخدم في قرار التسريح ، أي في تكييفه لجسامة الخطأ ، وعليه نتناول تقدير وجسامة الخطأ بناء على المعيار الموضوعي اولا ، ثم تقدير جسامة الخطأ بناء على المعيار الذاتي ثانيا .

أولا-المعيار الموضوعي :

نص المشرع الجزائري في المادة 73 مكرر 1 على انه " يجب ان يراعي المستخدم على الخصوص، عند تحديد ووصف الخطأ الجسيم الذي يرتكبه العامل الظروف التي ارتكب فيها الخطأ و مدى اتساعه و درجة خطورته و الضرر الذي الحقه بالمؤسسة... ". يستمد المعيار الموضوعي في تقدير الخطأ الجسيم اهمية من طابعه الموضوعي، حيث يتم النظر الى الفعل ذاته على ضوء سلوك الناس ، فيقاس سلوك العامل بسلوك عامل متوسط العناية من ذات الفئة المهنية بحيث يعد مخطئا اذا خرج عن المألوف ، و يتحدد الشخص متوسط العناية بشخص متوسط الحذر و الحيطة و ينتمي الى نفس البيئة او الفئة المهنية التي ينتمي اليها العامل ، و يقصد بذلك مجموعة الذين يمارسون المهنة او الحرفة التي يقع في اطارها الخطأ المهني¹ .

1-تأثير خطأ العامل على نشاط المؤسسة :

ان من اهم واجبات العامل هي تأدية عمله باقصى ما لديه من قدرات وعناية و مواظبة تحقيقا للاهداف التي تسعى المؤسسة لتحقيقها²، وهو التزام يقع على عاتق العامل طبقا لنص المادة 7 من القانون 90-11 وكل اخلال بهذا الالتزام من شأنه ان يؤثر على نشاط المؤسسة ومن ثم الاضرار بمصالحها فانه يعتبر خطأ جسيما قد يترتب عليه التسريح التأديبي للعامل .

¹ - فوزية عبد الستار، مرجع سابق ، ص: 64-68.

كذلك تنص المادة 172 على ما يلي: «في الإلتزام بعمل، اذا كان المطلوب من المدين ان يحافظ على الشيء، او ان يقوم بارادته اوان يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالإلتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ،ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون او الإتفاق على خلاف ذلك . وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه ، او خطئه الجسيم» .

² - احمد شوقي عبد الرحمن ، شرح قانون العمل و التأمينات الاجتماعية ، مرجع سابق ، ص: 76.

فرفض تنفيذ العامل التعليمات الصادرة من صاحب العمل اذا اثر على حسن سير المؤسسة واستمراريتها فانه يعتبر خطأ مهني جسيم وهو حال الكثير من الاخطاء الاخرى. وصاحب العمل هو المسؤول عن تقدير مدى تأثير خطأ العامل على نشاط المؤسسة ومدى اضراره به او بممتلكاتها لكن يتم ذلك طبعا تحت رقابة القضاء كما سوف نرى لاحقا تقاديا لاي تعسف محتمل من هذا الاخير في تكييف وتحديد الخطا الجسيم . لكن تقدير جسامة الخطأ بالنظر الى تأثيره على نشاط المؤسسة لا يكون في حد ذاته كافيا الا اذا اخذ بعين الاعتبار الظروف الموضوعية التي حصل فيها الخطأ¹.

2-تقدير الخطأ بناء على الظروف الموضوعية :

من البديهي ان الخطأ الجسم الذي يرتكبه العامل ويؤثر على نشاط المؤسسة من شأنه ان يكون سببا جديا يبرر قرار التسريح، لكن اذا اخذنا بعين الاعتبار الظروف الموضوعية التي حصل فيها الخطأ ،فرفض العامل مثلا تنفيذ التعليمات الصادرة من المستخدم دون مبرر يكون سببا جديا يبرر تسريحه على اساس الخطأ الجسم طبقا للمادة 73 من قانون 11/90 اما اذا استند رفض تنفيذ التعليمات الى مبررات وأسباب موضوعية فانه في هذه الحالة لا يكيف تصرف العامل على انه خطأ جسيم و تسريحه يكون تعسفي و غير مبرر كأن يرفض عامل في مؤسسة قيادة شاحنة غير مهيئة للعمل فيها اذا كان في سياقتها احتمال كبير لتعريض حياته للخطر، كأن تكون معطلة الفرامل او الأضواء ، فيتم النظر الى عدم امتثال العامل للتعليمات المستخدم بالنظر الى الظروف الموضوعية الملابس لهذا السلوك و بالتالي لا يمكن اعتبار العامل في هذه الحالة ارتكب خطأ جسيما ، وعليه الظروف الموضوعية التي يحصل فيها الخطأ لها تأثير على الوصف القانوني للخطأ من حيث جسامةه وبساطته² .

¹-عبد السلام ديب ، قانون العمل و التحولات التصادية، مرجع سابق ، ص: 38.

²-احمد شوقي عبد الرحمن ،شرح قانون العمل و التأمينات الاجتماعية ، مرجع سابق ، ص: 78.

ثانيا-المعيار الذاتي (الشخصي)

تنص المادة 73 مكرر 1 على انه " يجب ان يراعي المستخدم على الخصوص عند تحديد ووصف الخطأ الجسيم الذي يرتكبه العامل الظروف التي ارتكب فيها الخطأ...وكذلك السيرة التي كان يسلكها العامل حتى تاريخ ارتكاب الخطأ نحو عمله ونحو ممتلكات هيئته المستخدمة " .

ان المعيار الشخصي يستلزم ان ينظر الى الشخص ذاته لا الى الضرر الحاصل ، و المعيار الشخصي على هذا النحو يأخذ كل شخص بحالته و يقيس مسؤوليته بمعيار من فطنته و يقظته¹ .و لا يمكن تقدير مدى جسامه الخطأ من هذه الزاوية الا من خلال اعتماد المعيار الذاتي الذي يأخذ بعين الاعتبار سيرة و سلوك العامل ، و درجة وعيه بالخطأ الذي ارتكبه و هو ما يجب على المستخدم مراعاته عند تكييفه ووصفه للخطأ.

1-نية العامل و درجة وعيه بالخطأ :

ان ارتكاب العامل لخطأ بحسن نية معتقدا مشروعية عمله لا يجعل منه خطأ جسيما كما لو كان ذلك راجع الى غلظه في تفسير اللائحة او تعليمات مشوبة بالغموض صادرة عن المدير الفني .

لذلك فان الاخذ بالمعيار الذاتي او الشخصي يتطلب النظر في مدى وعي العامل بالخطأ الذي ارتكبه ، فاذا كان واعيا بما فعله فان ذلك يوفر لديه عنصر العمد او القصد الذي يغير من وصف الخطأ و يجعله خطأ جسيما ،وبالعكس اذا لم تتحرف ارادة او نية العامل الى ارتكاب الخطأ أو الاضرار بالمؤسسة فان وصف الخطأ بالجسيم ينتفي و يصبح معه التسريح تعسفي أي غير مبرر².

ما يؤكد ان المشرع قد تبني فكرة وجوب مراعاة نية و ارادة العامل ودرجة وعيه بالخطأ هو نص المادة 73 من قانون 90-11 التي ذكرت بعض الاخطاء التي تبرر قرار التسريح ، و كانت كل هذه الاخطاء قائمة على ضرورة اتجاه نية العامل الى الاضرار بالمؤسسة،

¹-عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في تشريع القانون المدني، نظرية الالتزام ،مصادر الالتزام ،الجزء الاول ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1970، ص: 778.

²- احمد شوقي عبد الرحمن ،شرح قانون العمل و التأمينات الاجتماعية ، مرجع سابق ، ص: 86.

فقد استعمل عبارات تدل دلالة قاطعة على نية العامل مثل رفض العامل " بدون عذر مقبول تنفيذ التعليمات " " عمدا " ،التوقف عن العمل الجماعي " التشاوري " و كلها عبارات تفيد وجوب توفر عنصر القصد بالإضرار في تصرف العامل .و لذلك يتعين على المستخدم ومن بعده القاضي في رقابته لتكليف الخطأ الجسيم ان يميز بين الخطأ القائم على نية الاضرار بالمؤسسة و الخطأ الناتج عن حسن نية دون قصد الاضرار .

2-طبيعة سلوك العامل :

بالإضافة الى نية العامل في ارتكاب الخطأ ينظر كذلك الى طبيعة سلوكه ،اذ يفترض في العامل عند ابرامه لعقد العمل ان يسلك سلوكا يتماشى وطبيعة العلاقة التعاقدية التي تربطه بالمستخدم ، فعقد العمل يفرض عليه ان يقدم الخدمات التي كانت محلا للعقد تحت سلطة و ادارة المستخدم ، و يلتزم بعدم ارتكاب اخطاء في ممارسة عمله،فاذا اخل بهذا الالتزام يكون قد ارتكب خطأ يبرر تسريحه ، فرفض العامل بدون عذر مقبول تنفيذ التعليمات المرتبطة بالتزاماته المهنية، و المشاركة في توقف عن العمل عمدا كلها سلوكات من شأنها ان تبرر تسريح العامل .

وعليه الشيء الذي يتبين بوضوح من خلال المادة 73 ان المشرع استعمل عبارات تدل دلالة قاطعة على رفض العامل أداء عمله طبقا لما يفرض عليه عقد العمل من إخلاص و تقاني في انجاز المهام التي أسندت اليه في اطار وظيفته¹.

فالمادة 73 جاءت بمجموعة من السلوكات و التصرفات التي اذا ارتكبها العامل،تشكل خطأ جسيما يبرر تسريحه تأديبيا .

ما يجدر الاشارة اليه ان علم صاحب العمل بالصفات الخاصة بالعامل في وقت لاحق لابرام العقد وعدم اقدمه على انتهاء العقد غيرمحدد المدة يتضمن اتفاقا ضمنيا على تعديل معيار تقدير الخطأ من معيار موضوعي الى معيار شخصي² .

1-ياسين بن صاري ،التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري ،مرجع سابق،ص:27و28.

2-احمد شوقي عبد الرحمن ،شرح قانون العمل و التأمينات الاجتماعية ، مرجع سابق ، ص :85.

كما ان المشرع الجزائري احسن بتبنيه المعيار الموضوعي و الشخصي معا ، لما في ذلك من ضمانة مهمة يستفيد منها العامل ، تجنب هذا الاخير أي تعسف صادر من صاحب العمل ، كما ان تجسيد هذه الضمانة القانونية يتضح اكثر من خلال الأحكام والقرارات القضائية أي من خلال رقابة القضاء .

الفرع الثالث: طرق تحديد حالات الخطأ المهني الجسيم

يعتبر التسريح التأديبي أو العزل من الحالات التي يكاد يجمع الفقه و القضاء و التشريع على حد سواء على شرعيتها ، حيث يعترف في مختلف هذه المصادر للمؤسسة المستخدمة بحق فصل العامل الذي يثبت في حقه ارتكاب خطأ جسيم أثناء قيامه بعمله أو بمناسبة ذلك قصد حماية مصالحها و ضمان استقرار و فعالية النظام في المؤسسة المستخدمة، وهو ما يمكن تشبيهه بحالة الشخص الذي يخالف قواعد نظام المجتمع فيستحق العقاب. ذلك ان تنظيم العمل من القواعد و الاحكام التي يجب احترامها و الا تعرض مخالفتها للتأديب.

الا ان الخلاف الملاحظ على اراء الفقهاء و احكام القضاء و ادعاء اصحاب العمل ، هو في تحديد طبيعة ونوعية الخطأ المهني الجسيم الذي يشكل سببا جديا و حقيقيا او يبرر التسريح التأديبي للعامل اذ في الوقت الذي يعمل اصحاب العمل على التوسيع من دائرة مفهوم ومضمون الخطأ الجسيم ، بمقتضى الانظمة الداخلية للعمل حفاظا منهم على مصالحهم نجد القضاء و الفقه يعملان على تضيق من هذه الدائرة و العمل على تقليص حالات الخطأ الجسيم عن طريق وضع قائمة تتضمن هذه الاخيرة في اقل ما يمكن القول انه حماية لمصالح العمال و تقييدا لسلطة صاحب العمل في تكييف الاخطاء الجسيمة، مع التشدد في مراقبة مدى احترام المستخدم لمعايير تكييف و وصف او تقدير جسامه الخطأ المرتكب من العامل.

ادى البحث عن توفير اكثر الضمانات للعامل في المجال التأديبي الى البحث عن معيار لوضع نظام تأديبي اكثر عدلا و انصافا للعامل ،حيث نجد ان هناك اسلوبين او

طريقتين في القوانين و التنظيمات المقارنة اعتمدا في تحديد طبيعة ونوعية الاخطاء المهنية الجسيمة و تصنيفها وهما الطريقة التنظيمية و الطريقة القانونية.

أولا: الطريقة التنظيمية

بالنسبة لهذا الاتجاه ، فان المشرع يحيل تحديد طبيعة ونوعية الأخطاء المهنية ودرجات العقوبات المطابقة لها و اجراءات تنفيذها الى رب العمل الذي يتولى ضبط الاخطاء المهنية بموجب النظام الداخلي للمؤسسة و عليه سوف نتطرق بنوع من الإيجاز لتعريف النظام الداخلي نظرا لاهمية هذه الوثيقة في الشق او المجال التأديبي، لنصل في الأخير الى بيان موقف المشرع الجزائري من الطريقة التنظيمية .

1- تعريف النظام الداخلي و أهميته:

أ-تعريف النظام الداخلي:

حضي النظام الداخلي كمفهوم بتعريف المشرع الجزائري له في قانون علاقات العمل¹ حيث عرفته المادة 77 كما يلي :

" النظام الداخلي هو وثيقة مكتوبة يحدد فيها المستخدم لزوما، القواعد المتعلقة بالتنظيم التقني للعمل و الوقاية الصحية و الامن و الانضباط، يحدد النظام الداخلي في المجال التأديبي ، طبيعة الاخطاء المهنية ودرجة العقوبات المطابقة و اجراءات التنفيذ " .

وهو ترجمة للمصطلح المستعمل في فرنسا « le règlement intérieur » في حين نجد ان المشرع المصري مثلا يستعمل مصطلح اخر وهو " اللائحة " ² .

لم يحدد المشرع اللغة التي يجب ان يحرر بها النظام الداخلي و بالتالي هي اللغة العربية باعتبارها اللغة الرسمية في البلاد ، لكن المشرع الفرنسي نجده انه يسمح بترجمته الى

¹-نادية حسان ،النظام الداخلي في قانون علاقات العمل، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ،كلية الحقوق ،جامعة تيزي وزو،العدد الأول،2008، ص:31.

2- جلال علي العدوي وسليم عصام انور،قانون العمل ،منشأة المعارف،الإسكندرية،1995،ص:157.

اللغات الاجنبية عند الاقتضاء و هو وثيقة مكتوبة يمكن لاي شخص الاطلاع عليها وككل نص قانوني يتم صياغته في مواد متسلسلة¹.

ان النظام الداخلي ليس وثيقة الزامية في كل المؤسسات المستخدمة اذ يستعمل لتحديد مدى الزامية وضعها من قبل المستخدم معيار عدد العمال في المؤسسة .

- اذا كانت المؤسسة تشغل 20 عاملا فاكثر فوجود النظام الداخلي فيها اجباري طبقا لنص المادة 75 من قانون علاقات العمل ، اما اذا كانت المؤسسة تشغل اقل من 20 عاملا أي بين عامل و 19 فيتمتع صاحب العمل بالسلطة التقديرية في وضعه طبقا لنص المادة 76 من ذات القانون².

لتحديد عدد العمال الذين يتم حسابهم عند وضع النظام الداخلي يجب ان يأخذ بعين الاعتبار كافة عمال المؤسسة كيفما كانت طبيعة علاقة العمل محددة المدة او غير محددة المدة و كيفما كانت نوعها علاقة عمل خاصة بعمال المنازل ، و بالصحافيين ، و الممثلين التجاريين ، كما يحسب العمال الذين هم في فترة تجربة .

والنظام الداخلي هو ميثاق اجباري يخضع لمبدأ الشرعية³ بحيث يجب تقيده بالنصوص القانونية و التنظيمية⁴ .

ب-أهميته:

يعتبر المشرع وضع النظام الداخلي من السلطات التي يتمتع بها صاحب العمل فيضعه بصورة انفرادية فهو ليس بوثيقة تفاوضية مثل الاتفاقية الجماعية، فيكون العامل ملزم به دون

1-رشيد واضح ،علاقات العمل في ظل الإصلاحات الإقتصادية في الجزائر،دار هومة للنشر و الطباعة و التوزيع،2003،ص:54.

2-تنص المادة76:«يمكن للمستخدم في المؤسسات التي تشغل اقل من عشرين(20)عاملا ان يعد نظاما داخليا ،حسب خصوصيات الأنشطة الممارسة.

تحدد طبيعة هذه الأنشطة عن طريق التنظيم».

3-رشيد واضح ،مرجع سابق،ص:55.

4-لمزيد من التفاصيل حول النظام الداخلي أنظر:

-ملف رقم 228040 قرارمؤرخ في 14/03/2000 الصادر عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ،المجلة القضائية، العدد الثاني ،الجزائر، 2001 ، ص :187.

-ملف رقم 293698 قرارمؤرخ في 13/07/2004 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني،الجزائر، 2004 ،ص: 203.

ان تطلب موافقته¹، فهو تعبير عن ممارسة صاحب العمل لسلطته كصاحب مؤسسة وتجسيدا لفكرة التبعية ايضا على اعتبار ان العامل يعمل لحساب صاحب العمل مقابل اجر²، لذا ينبغ له من الناحية القانونية الفعلية ان يؤدي عمله تحت ادارة و اشراف صاحب العمل، ونظرا لعدم خضوعه للتفاوض نادى بعض الفقه الفرنسي لإلغائه لانه حسبهم³ يخرج عن قالب التفاوضي المعهود في القانون⁴، لكن رغم ذلك اصر المشرع الفرنسي و من بعده المشرع الجزائري على ابقائه لضرورته و عدم قابليته للاستبدال بوثيقة اخرى في مجالين هامين الاول متعلق بالتأديب لانه يدخل في سلطة صاحب العمل و بالتالي لا يقبل التفاوض و الثاني متعلق بالنظافة و الامن لانه في حالة حدوث مشاكل في هذا المجال فان صاحب العمل هو المسؤول الوحيد من الناحية القانونية.

الزم المشرع صاحب المعمل بمحتوى النظام الداخلي (كما يتضح من استعمال مصطلح لزوما) حيث لابد ان يتضمن شقا تنظيميا يتعلق بالتنظيم التقني للعمل (كمواقيت العمل، حالات الغيابات المسموح بها قانونيا وغيرها)، الوقاية الصحية و الأمن (مثل ارتداء القبعات الواقية في المؤسسات)، اما الإنضباط لم يعرفه المشرع الجزائري لكنه عرف بانه " مجموعة القواعد اللازمة لتعايش العمال في المؤسسة و لبلوغ الهدف الإقتصادي الذي سطرته، في ان واحد"⁵.

اما الشق التأديبي فيخص الاحكام في المجال التأديبي (طبيعة الأخطاء المهنية، و درجات العقوبات المطابقة و درجات التنفيذ).

تعتبر المحكمة العليا وضع كل هذه الاحكام الزاميا فهي من النظام العام وان هذه المحاور التي اوردها المشرع وردت على سبيل المثال ، ويظهر ذلك من خلال عبارة لزوما بحيث يمكنه اضافة محاور اخرى ما لم تلغ او تحد من حقوق العمال الواردة في القانون و

¹ -DUBRAC MARIE-DOMINIQUE,le règlement intérieur,editions de vecchi,paris,2005 ,p09.

2-AMOURA AMAR,droit du travail et droit social:guide pratique,El-maarifa editions,Alger,2002,p28.

3-ابراهيم زكي أخنوخ ،شرح قانون العمل الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية،الطبعة الثالثة،الجزائر،1988،ص9.

4- JAVILLIER JEAN CLAUDE,op.cit ,p:126.

5-عبد السلام ديب ، قانون العمل و التحولات الإقتصادية،مرجع سابق،ص: 204.

الإتفاقيات الجماعية و اذا تم الغاء هذه المحاور غير الالزامية فانه لا يمس بباقي النظام الداخلي على خلاف المشرع الفرنسي استعمل مصطلح على سبيل الحصر « exclusivement » ومن ثم لا يجوز للمستخدم اضافة محاور اخرى الى المحاور المحددة قانونا و هي محورين :القواعد الخاصة بالنظافة و الامن داخل المؤسسة،و المجال التأديبي¹.

2-تحديد حالات الخطأ الجسيم من خلال النظام الداخلي:

يلاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد الطريقة التنظيمية و يظهر ذلك من خلال الصياغة الأولى للمادة 73 من قانون 90-11 قبل تعديلها التي كانت تنص على أنه:

"يتم العزل في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة ، حسب الشروط المحددة في النظام الداخلي " هذا الأخير يحدد حسب نص المادة 77 فقرة 2 من نفس القانون طبيعة الأخطاء المهنية ، و درجات العقوبات المطابقة ، و إجراءات التنفيذ.

وعليه كانت المادة 73 الأصلية (قبل التعديل) ، تخول صاحب العمل سلطة تقديرية مطلقة في تحديد و تكييف حالات الأخطاء المهنية الجسمية و ما يقابلها من عقوبات و يعاب على هذه الطريقة عدم تحقيق العدل في توازن المصالح المتناقضة بين أصحاب العمل من جهة و العمال من جهة أخرى، فهو نظام كثيرا ما لا يكون في صالح العمال.

حيث كثيرا ما يلعب العامل الشخصي دورا رئيسيا في تكييف الخطأ و تقييم جسامته من طرف صاحب العمل غير أنها تبدو أقرب للواقع و أكثر مرونة و أنجع إذا كانت مزودة بضمانات تحمي مصلحة العامل.و في هذا المجال فإن النظام الداخلي يخضع لمصادقة مفتشية العمل على مطابقته للتشريع و التنظيم المتعلقين بالعمل طبقا للمادة 79 من قانون 90-11 ،زيادة على وجوب إيداعه لدى المحكمة المختصة إقليميا و وجوب إشهاره من طرف المستخدم و هي الإجراءات التي سبق و أن فصلناها.

¹بن عزوز بن صابر، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري،الكتاب الأول:مدخل الى قانون العمل الجزائري،دار الخلدونية للنشر و التوزيع،الجزائر،2009،ص:187-189.

كما أنه يخضع لرقابة القضاء الذي بوسعه إلغاء قرار التسريح في حالة خرق الإجراءات المتعلقة بالنظام الداخلي. لكن يبقى التساؤل المطروح في هذا الشأن بالنسبة للمؤسسات التي تشغل أقل من 20 عاملا والتي تمثل الشريحة الأكبر في قطاع العمل الغير ملزمة قانونا بإعداد النظام الداخلي ، هل يمكن لصاحب العمل في هذه الحالة تسليط عقوبة تأديبية على العامل أي تسريحه تأديبيا بحجة أن الخطأ المرتكب منه يحمل وصف الخطأ المهني الجسيم حسب تقديره رغم غياب النظام الداخلي؟، وفي هذا الإطار استقر اجتهاد المحكمة العليا على أنه لا يجوز للهيئة المستخدمة توقيع جزاءات تأديبية على العامل ، إذا لم يتضمنها النظام الداخلي أو في حال غياب هذه الوثيقة¹ و عليه طرح التساؤل حول الحل أو العمل بالنسبة لهذه المؤسسات في ظل هذا الفراغ التشريعي؟².

كل هذه الثغرات أو العيوب تعيق تطبيق الطريقة التنظيمية، لذلك نحاول معرفة مضمون الطريقة القانونية.

ثانيا- الطريقة القانونية:

تتمثل في تكفل المشرع نفسه بتحديد نوعية و طبيعة الأخطاء المهنية الجسيمة ، و كذلك الإجراءات المتبعة للعزل بسببها، والضمانات المقررة للعامل فيما يتعلق بالتكليف و الإثبات و غيرها و ذلك وفق ما يسمى بالقانون التأديبي Droit Disciplinaire .

ونظرا للانتقادات الشديدة التي وجهت للمادة 73 الأصلية، على اعتبار أن الأخذ بها أحدث تباينا كبيرا و تفاوتاً في تحديد و تصنيف الأخطاء المهنية الجسيمة من مؤسسة لأخرى ، فما يمكن اعتباره بمثابة خطأ جسيم يستوجب أشد العقوبات في مؤسسة معينة

¹- ملف رقم 187795 قرار مؤرخ في 11/04/2000 الصادر عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 2000، ص: 185، و ملف رقم 135360 قرار مؤرخ في 7/5/1996 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور

²- عبد المنعم بن أحمد ، علاقة العمل بين السلطة و الحرية في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، قسم عام، فرع إدارة و مالية ، جامعة الجزائر ، 2003 - 2004 ، ص: 46.

بموجب نظامها الداخلي ، قد لا يأخذ نفس الوصف في مؤسسة أخرى ، و تحت ضغط النقابة¹ للإفراط في التسريحات التعسفية في حق العمال ، و سعيًا للحد من السلطة المطلقة لصاحب العمل في هذا المجال، جعل المشرع الجزائري يعتمد الطريقة القانونية في تكبيف الأخطاء الجسيمة وهو ما اعتمده المشرع سابقًا بمقتضى المرسوم 82-302 المتعلق بعلاقات العمل الفردية ، الذي حددت مادته 71² مجموعة الأخطاء الجسيمة (أخطاء الدرجة الثالثة) ، بينما حددت المادة 75 في الفقرة الأخيرة منها، العقوبات المقررة لهذا الصنف من الأخطاء بنصها على أن:

"...الأخطاء المهنية من الدرجة الثالثة :عقوبة تتراوح بين التخفيض في الرتبة بصفة تأديبية و التسريح بدون مهلة مسبقة ودون تعويضات ."، إلى جانب التسريح بمهلة مسبقة وتعويضات وفقا لما تحدده المادة 74 من نفس المرسوم المتضمنة لقائمة العقوبات التأديبية³. ونظرا لما لهذه الطريقة من مزايا و ضمانات و حماية للعامل ، فقد تراجع المشرع الجزائري عن الطريقة التنظيمية التي اعتمدها في قانون 1990 في فترة قصيرة لا تزيد عن

¹- عبد السلام ديب ، الحلول القضائية للمشاكل المترتبة عن تطبيق نص المادة 4/73 من قانون 90-11 ، المجلة القضائية ، العدد الأول، الجزائر، 2001 ، ص: 21.

²-تنص المادة 71 من مرسوم 82-302 السابق الذكر:«بعد خطأ من الدرجة الثالثة ،ارتكاب العامل ما يأتي:

-التلبس باخفاء معلومات او الإدلاء بتصريحات في مجال تنافي الوظائف او الجمع بينها

-رفض تنفيذ التعليمات التي يتلقاها من السلطات المشرفة عليه لانجاز اشغال ترتبط بمنصب عمله دون عذر مقبول...»

³-تنص المادة 74 من مرسوم 82-302 السابق الذكر:«يمكن ان تسلط على اي عامل يقصر في اداء واجباته المهنية او يخالف الأحكام التشريعية و التنظيمية المتعلقة بعلاقات العمل ،احدى العقوبات التأديبية الأتي ذكرها ،كيفية كانت رتبته و دون المساس بالعقوبات الجنائية المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل :
....-التخفيض في الرتبة بصفة تأديبية -التسريح بمهلة مسبقة و تعويضات....».

20 شهرا فقط، و ذلك بمقتضى التعديل الذي أدخل على المادة 73 من قانون علاقات العمل بموجب المادة 02 من القانون رقم 91 - 29¹ .

يلاحظ من خلال هذه المادة أنه لم يعد النظام الداخلي هو المرجع و الأساس في تصنيف الخطأ الجسيم المؤدي إلى التسريح التأديبي للعامل² .

يبقى السؤال الجوهرى الذي لا يمكن اجتناب طرحه في هذا المجال و الذي لا طالما قام الجدل بشأنه بن بين مؤيد و معارض هو: هل التعداد الذي جاءت به المادة 73 المعدلة لحالات الخطأ المهني الجسيم وارد على سبيل الحصر القانوني أم على سبيل المثال لتقييد جزء من صلاحيات المستخدم ؟ .

وبعبارة أخرى، هل التعارض بين مصلحة وسلطة رب العمل من جهة، و مصلحة العامل الأجير و استقرار منصبه يفرض التمسك و التقيد بمحض القواعد القانونية او انه يصوغ الاعتداد كذلك بالنظام الداخلى لتقييم الخطأ في اخذ قرار العزل ؟.

فهل أوردت المادة 73 من القانون 90-11 المؤرخ في 21/4/1990 قائمة الأخطاء الجسيمة المسببة للتسريح التأديبي على سبيل الحصر ، أم أنه يستخلص من صياغة المادة

-
- 1- تنص المادة 73 من قانون 90-11 المعدل و المتمم: "يتم التسريح التأديبي في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة. وعلاوة على الأخطاء الجسيمة، التي يعاقب عليها التشريع الجزائي و التي ترتكب أثناء العمل، تعتبر على الخصوص أخطاء جسيمة، يحتمل أن ينجر عنها التسريح دون مهلة العطلة و بدون علاوات الأفعال الأتية:
 - إذا رفض العامل ، بدون عذر مقبول ، تنفيذ التعليمات المرتبطة بالتزاماته المهنية أو التي قد تلحق أضرارا بالمؤسسة، و الصادرة من السلطة السلمية التي يعينها المستخدم أثناء الممارسة العادية لسلطاته،
 - إذا أفضى معلومات مهنية تتعلق بالتقنيات و التكنولوجيا و طرق الصنع و التنظيم أو وثائق داخلية للهيئة المستخدمة، إلا إذا أذنت السلطة السلمية به ، أو أجازها القانون،
 - إذا شارك في توقف جماعي و تشاوري عن العمل خرقا للأحكام التشريعية الجارية بها العمل في هذا المجال،
 - إذا قام بأعمال عنف،
 - إذا تسبب عمدا في أضرار مادية تصيب البنايات و المنشآت و الآلات و الأدوات و المواد الأولية و الأشياء الأخرى التي لها علاقة بالعمل .
 - إذا رفض تنفيذ أمر التسخير الذي تم تبليغه وفقا لأحكام التشريع المعمول به،
 - إذا تناول الكحول أو المخدرات داخل أماكن العمل".
 - 2- سليمان أحمية ، التنظيم القانوني لعلاقة العمل في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 335-356.

خلاف ذلك طالما أنها استعملت عبارة "على الخصوص" فهل المقصود من هذا الأسلوب أنه يجوز لرب العمل في بعض الحالات أو في وجود فراغ أن يكمل هذه القائمة بالنص على بعض الأخطاء غير الواردة في النص وفق ما يتناسب و مشروعته أو طبيعة أعماله؟ بمعنى آخر هل ممارسة المستخدم لسلطته التأديبية محصورة فقط في إطار الحالات المنصوص عليها في المادة 73؟

اختلفت نظرة المطبقين و الدارسين للمادة 73 بين مؤيد للحصر و مناصر للمثال¹.

1- حصر المادة 73 لحالات الخطأ المهني الجسيم:

اعتبر جانب مهم من المعلقين على المادة 73 أن الحالات التي جاءت بها واردة على سبيل الحصر لعدة حجج أهمها:

-ان أحكام الفقرة الثانية من المادة 73 مكرر 4 تنص: " كل تسريح يتم خرقاً لأحكام المادة 73 أعلاه يعتبر تعسفياً...".

وكذلك المادة 73 مكرر 3 التي تنص: " كل تسريح فردي، يتم خرقاً لأحكام هذا القانون، يعتبر تعسفياً و على المستخدم أن يثبت العكس".

اذ يفهم من هاتين المادتين أنهما جعلتا صفة التعسف مقترنة فقط بالأخطاء الجسيمة المنصوص عليها في المادة 73 المعدلة، بمعنى أن التسريح التعسفي يكون فقط في حالة عدم ثبوت ارتكاب العامل لخطأ من الأخطاء الجسيمة الواردة في المادة 73 المعدلة حيث قصرت صفة التعسف فقط على التسريح الذي يتم خرقاً لأحكام المادة 73.

-طالما أنه قبل التعديل كان تحديد الأخطاء الجسيمة و العقوبات المطابقة لها من صلاحيات صاحب العمل ينظمها عن طريق النظام الداخلي، و بالتالي ما الجدوى من تعديل النص الأصلي إذا لم يكن من أجل تغليل شيئاً ما أيدي المستخدمين للحيلولة دون التعسف في استعمال حق التسريح التأديبي أو وضع حد لعلاقة العمل بالإرادة المنفردة للمستخدم خارج الحالات القانونية، فبموجب هذا التعديل سحبت من صاحب العمل صلاحية

¹-يوسف الياس، أزمة قانون العمل المعاصر بين نهج تدخل الدولة و مذهب اقتصاد السوق، دار وائل للنشر، عمان، 2006، ص114-122.

تكييف تصرفات العامل لتحديد جسامة خطورتها و تقدير الضرر الناشئ عنها لتبرير تسريح العامل و الذي في غالب الحالات يكون تعسفيا ، فنقل هذا التعديل تحديد الأخطاء الجسيمة من النظام الداخلي إلى القانون¹ .

وعليه يجب التقيد بروح النص و ظروف صدوره (الإفراط في التسريحات التعسفية، دور النقابة) ، ذلك أن حماية مصلحة العامل الأجير و استقراره الوظيفي يفرض التمسك بمحض القواعد القانونية التي تقصي النظام الداخلي من لعب أي دور في تقييم الخطأ ، و عليه فسر أنصار هذا الرأي كلمة "على الخصوص" تفسيرا ضيقا بأن حصروا حالات الخطأ الجسيم على الحالات السبعة فقط و لم يتركوا لصاحب العامل إضافة أخطاء جسيمة أخرى بموجب النظام الداخلي² .

-من اسباب حصر المشرع الجزائري لحالات الخطأ الجسيم هو الفراغ الخاص بالشركات التي تشغل اقل من 20 عاملا والغير ملزمة بإعداد النظام الداخلي، اذ قيد سلطة المستخدم في التسريح التأديبي للعامل إلا في حالة ارتكابه خطأ جسيم منصوص عليه في المادة 73 المعدلة³.

-ان تعديل المادة 73 وضح للقضاة ومفتشي العمل وكل شخص يساهم في إعداد النظام الداخلي بان على هذا الأخير النص فقط على حالات الخطأ الجسيم المحدد في المادة 73 وليس له إضافة أخطاء أخرى⁴ .

مما لا مجال للشك فيه أن هذا الموقف عدة انتقادات من المهتمين بتسريع العمل لعدة حجج و اعتبارات أهمها:

¹- عبد السلام ديب ، قانون العمل و التحولات الإقتصادية ، مرجع سابق، ص: 85.

²- عطاء الله بوحميده ، تطورات المادة 73 من قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل وبعض إشكاليات تطبيقها ، مرجع سابق ، ص: 159.

³- عمارة نعروزة، الجديد في علاقات العمل الفردية، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 1993، ص: 21
⁴- (TAYEBetDJAMEL)BELLOULA ,Rupture de la relation de travail ,Editions Dahleb,Alger,1999,P:32.

-ان نص المادة 73 وضع قائمة الأخطاء الجسيمة على سبيل المثال ويظهر ذلك من خلال عبارة "على الخصوص" الواردة في صياغة المادة التي لا تفيد لغويا التحديد و الحصر و إنما تفيد المثال و المرجع في ذلك أن المشرع لو أراد حصر هذه الحالات لما استعمل عبارة "على الخصوص" بل صيغة أخرى تفيد التحديد بما لا يدع أي مجال للشك والتأويل وتفسير موقفه، ومن ثمة يمكن لصاحب العمل إضافة أخطاء جسيمة أخرى بموجب النظام الداخلي¹.

-ان عبارة "على الخصوص" تفيد أن المشرع أراد فقط حصر الأخطاء الجسيمة المشتركة بين المؤسسات أو المشروعات ، ذلك أن المشرع يحدد عادة ما هو مشترك ، فلا يمكن أن يقبل أن يصدر من العامل خطأ جسيما بالنظر إلى نشاط المؤسسة و لا يتعرض لأي عقوبة تأديبية بحجة عدم إدراجه في النظام الداخلي ضمن الحالات المنصوص عليها في المادة 73 المعدلة.

-كذلك بالرجوع الى عرض أسباب مشروع تعديل وإتمام القانون 90-11 يتضح معناه الرامي الى الأخذ بالنظام الداخلي كمصدر للأخطاء الجسيمة بصورة جلية وبأن الأخطاء التي جاء بها التعديل بموجب المادة 2 من القانون 91-29 ليست في حقيقة الأمر سوى إطار مرجعي يرجع إليه عند إعداد النظام الداخلي لكل مؤسسة وانه يجب مراعاة المعايير التي جاءت بها المادة 73 مكرر².

¹ -NASRI HAFNAOUI ,La formation et la cessation de la relation de travail en droit positif algerien, Editions ZAKARIA, Alger, 1992, P: 98.

²-حيث جاء ضمن المشروع مايلي: "...بعد التطرق إلى الغياب التام لما من شأنه أن يشكل إطار قانوني للتسريح التأديبي مما أدى في أغلب الأحيان إلى التعسف في استعمال هذا الحق من طرف أرباب العمل وبالنتيجة إيداع عدد كبير من الشكاوى على مستوى مفتشيات العمل ورفع دعاوى أمام الجهات القضائية المختصة بسبب التسريح التعسفي ، وقد خلفت هذه الوضعية حركة من المعارضة ، وعدم الرضى لدى العمال ، ومن ثمة فإن النص المعروض للمناقشة يرمي إلى الاستجابة لهذه الانشغالات من خلال إدراج مواد قانونية ترمى شأنها في ذلك شأن أغلب التشريعات العمالية الحديثة إلى حماية العمال من سوء استعمال السلطة المحتمل دون التقليل من سلطة صاحب العمل في الإدارة و التوجيه " ، وعليه العبارة الأخيرة تؤكد ما سبق الإشارة إليه. ياسين بن صاري ،التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري، مرجع سابق، ص:23.

-ان هذه الأخطاء لم ترد على سبيل الحصر و يستخلص ذلك من صياغة المادة"... تعتبر على الخصوص أخطاء جسيمة ..."، بحيث يظهر لنا أن المشرع قد اكتفى بالتصرفات التي تشكل قمة الخروج على ما تفرضه علاقة العمل من إحترام و ثقة متبادلة بين العامل والمؤسسة المستخدمة أو من يمثلها، وبالتالي يمكن القول أن المشرع هنا اعتمد النظرية الفقهية القائلة بأن الخطأ الجسيم هو العمل أو التصرف الذي يجعل استمرار علاقة العمل أو عقد العمل أمرا مستحيلاً، ولو لمدة الأخطار المسبق¹، حيث أن هذا القرار الأخير للمحكمة العليا يعد تحولاً قضائياً هاماً في مجال تفسير المقصود بنص المادة 73 المعدلة ، والتعامل معها قضائياً .

وعليه يمكن القول أن النصوص الحالية تعطي دور للنظام الداخلي ولا تستبعده خاصة المادة 77 التي تنص صراحة أن النظام الداخلي يحدد في المجال التأديبي، طبيعة الخفاء المهنية ، درجة العقوبات المطابقة لها و إجراءات تنفيذها.

فهذا النص يسمح للمستخدم تحديد أخطاء جسيمة أخرى خارج الحالات المنصوص عليها في المادة 73 المعدلة، ولا يمكن الإغفال التام لأحكام المادة 77 التي مازالت سارية المفعول وتنتج أثارها الى يومنا هذا والتي لم يطرأ عليها اي تعديل، ومنه المشرع ابقى على النظام الداخلي كمصدر للأخطاء الجسيمة ولا يمكن للمنطق القانوني ان يقبل إلزام المستخدم بمراعاة معايير وصف الخطأ الجسيم المنصوص عليها في المادة 73 مكرر 1 (ظروف ارتكاب الخطأ، الضرر اللاحق بالمؤسسة...)، وبالمقابل نسلب منه حق تكييف أخطاء جسيمة أخرى خارج المادة 73 المعدلة بإضفاء وصف الحصر على هذه الحالات².

2- عدم استقرار القضاء حول تفسير المادة 73:

بالرجوع الى الممارسات القضائية نجدها قد أخذت مواقف مختلفة بشأن حصر حالات الخطأ المهني الجسيم ،فتارة تاخذ بالنص الحرفي للمادة 73 من خلال قرار المحكمة العليا

1-نادية حسان، مرجع سابق، ص 56 و 57.

2-سليمان احمية ، التنظيم القانوني لعلاقة العمل في القانون الجزائري ،مرجع سابق، ص 357.

المحوري الصادر في: 1996/6/4¹ في قضية مدير الغرفة التجارية لولاية معسكر ضد (س ج) حيث جاء في بعض حيثياته ما يلي: "... حيث أن المحكمة أسست حكمها على أن المدعى عليه لم يثبت ارتكاب المدعي لخطأ يستحق عليه الطرد من الأخطاء الواردة في المادة 73 من قانون 90-11 المعدل بالمادة 2 من قانون 91/29 على سبيل الحصر.

لكن حيث أن المادة 1/73 جاءت ضمن تعديل المادة 73 من القانون 90/11 التي كانت تنص على أن الأخطاء تكييفاً و تصنيفاً متروكة للنظام الداخلي للمؤسسة .

وحيث أن التعديل بمقتضى المادة 2 من القانون 91/29 أبعد من مجال النظام الداخلي الأخطاء المؤدية إلى الطرد و أن فهم التعديل المذكور بخلاف ذلك يفرغه من كل معنى ، إذ أن المشرع لا يعدل نص قانوني من أجل التعديل و إنما لغاية مقصودة .

وحيث أن ورود عبارة خاصة يعني حقا أن القائمة تبقى مفتوحة لكن في الإطار الذي يعطي لتعديل المادة القانونية النجاعة المقصودة.

وحيث توضيحا لذلك يجب الإشارة أن الأخطاء الجسيمة واردة في نصوص قانونية أخرى مثل القانون 90/02 المنظم لحق الإضراب مما يبين أن المشرع إذ يذكر الأخطاء الجسيمة على وجه الخصوص في المادة 73 مكرر 4 إنما فعله ذلك اعتبارا منه أنها ليست المادة القانونية الوحيدة التي تتعلق بذلك كما انه أخذ بعين الاعتبار احتمال صدور نصوص قانونية أو تنظيمية تأتي بأخطاء أخرى لاحقا.

وحيث يتبين مما سبق أن إثبات ارتكاب خطأ جسيم للعامل في الحالة التي عليها

التشريع إنما تتطلب الإثبات بالنص القانوني الذي يجعل من الفعل المنسوب خطأ جسيما.

وحيث أن اجتهاد المحكمة العليا في تطبيق القانون 90/11 و القانون 91/29 المعدل له استقر على أن المادة 73 مكرر 4 منه قد أخرجت مجال الأخطاء الجسيمة من دائرة النظام الداخلي و منه صار قضاء المحكمة العليا بأن المادة 73 مكرر 4 جاءت على سبيل الحصر هو قضاء صائب إذ لا يمكن الخروج عن المادة إلا بمادة قانونية تماثلها... "

1-ملف رقم 135452 قرار مؤرخ في 1996/6/04 الصادر عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية الجزء الثاني، الجزائر، 1997 ، ص: 195.

-حسم الاجتهاد القضائي المذكور أعلاه التذبذب الذي كان سائدا آنذاك بإقراره صراحة أن الأخطاء الجسيمة الواردة في المادة 73 تفيد الحصر وليس المثال ، و أن الأخطاء الجسيمة يحددها القانون (مضبوطة قانونا) و ليس النظام الداخلي ، بحيث لا يمكن لأي آلية أخرى (النظام الداخلي، الاتفاقيات الجماعية ، عقود العمل)، إضافة أي خطأ جسيم آخر، ويترتب على ذلك أن كل خطأ معتبر كخطأ جسيم في النظام الداخلي و غير منصوص عليه في القانون لا يعتد به كخطأ جسيم يبرر التسريح التأديبي للعامل.

حقا هذا الموقف ككل فيه ضمانات أكثر للعامل ، و قيذا على تعسف صاحب العمل في تكييف و تقدير مدى جسامه الخطأ بحصر هذه الحالات في مجال قانوني ، تسهيلات لعمل مفتشية العمل و القاضي في حالة نزاع ،وبالمقابل مصادرة لسلطة صاحب العمل، بإضافة إلى حصر حالات أخرى خارج المادة 73 بموجب نصوص قانونية و تنظيمية أخرى¹.

وتارة أخرى تراجع المحكمة العليا موقفها نتيجة لكثرة الانتقادات الموجهة لقرارها الصادر في 1996 لتعتبر الحالات المنصوص عليها في المادة السالفة هي على سبيل المثال² و ذلك في قرار صادر لها بتاريخ 2004/12/15³.

¹-انتقد البعض بشدة قرار المحكمة العليا الصادر في 1996 الذي اعتبر تناقض غير عادل بين الطبيعة القانونية للنظام الداخلي كحصن حمائي للعمال والسلطة التقديرية لصاحب العمل في التشغيل والترقية والتسريح كما يحلو له .
-MOHIEDDINE AKKACHA,La faute grave dans le licenciement disciplinaire en droit algerien actuel(a propos d'un arrêt dans le cour suprême),Idara,Volume11,N⁰ 1,2001,P:235.

²-ان هذا الاجتهاد الجديد وضع المادة 77 فقرة 2 حيز الممارسة والتطبيق تجسيدا لارادة طرفي علاقة العمل من مستخدمين و ممثلي العمال في إطار ما تم تصنيفه من أخطاء مهنية جسيمة مؤدية الى التسريح حسب خصوصية ونشاط كل عمل وطبيعته ومميزاته مع خضوع النظام الداخلي لرقابة القضاء الذي يعاين شرعية التسريح من عدمه تماشيا مع التطبيق السليم للقانون.أحمد رحباني،تعليق على القرار رقم 283600،مجلة المحكمة العليا،العددالثاني،الجزائر، 2004، ص:201.

3- وذلك في قضية الشركة الوطنية للنقل البري ضد (ق، ف) " حيث جاء في إحدى حيثياته مايلي : " ... وان عبارة على وجه الخصوص المذكورة في هذه المادة تفيد وجود أخطاء جسيمة أخرى ترك تحديدتها للنظام الداخلي المنصوص عليه في المادة 77 فقرة 2 من نفس القانون وعليه المادة 73 لم تأتي بأخطاء جسيمة على سبيل الحصر". ملف رقم 283600 قرارمؤرخ في2004/12/15الصادر عن الغرفة الإجتماعية للمحكمة العليا،المجلة القضائية،العدد الثاني،الجزائر،2004،ص:193-198.

وتبعه في ذلك عدة قرارات تأكده منها قرار للمحكمة العليا الصادر في 11/5/2005¹، وكذلك قرار آخر صادر في 16/01/2008².

نستخلص ان الموقف الأخير للمحكمة العليا هو الأصح والواجب التطبيق والإقتداء به ذلك ان التشدد في ضبط الأخطاء الجسيمة لا يخلو هو آخر من الإضرار بمصالح صاحب العمل والذي قد يعود بالضرر على حقوق العمال بطريقة غير مباشرة، فلما تثبت الواقعة المجرمة بالدليل المادي او باعتراف العامل الصريح ورغم ذلك لا يدان هذا الأخير تأديبياً حتى يصدر حكم القضائي، فان هذا المنهج تشجيعاً على العبث بمصالح المؤسسة ومساساً بسلطة رب العمل، فتحديد الأخطاء الجسيمة بصفة حصرية مهما اكتملت قائمتها تكون دائماً ناقصة.

والخطأ أمر نسبي ظلماً ان جديته او خطورته كثيراً ماتعود لاختلاف قطاعات النشاط من جهة³ ومن جهة أخرى فان خطورة الخطأ رهينة احياناً بالمستويات المهنية، اذ قد تعتبر تصرفات العامل ذي المستوى الأدنى في السلم المهني في قطاع معين خطأ بسيطاً، فاقد

1- ملف رقم 299512 قرار مؤرخ في 11/5/2005 الصادر عن الغرفة الإجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.
2- حيث جاء في إحدى حيثياته: "... حيث يتبين فعلاً من الحكم المطعون فيه انه تأسس على ان ما نسب للمطعون ضده من أخطاء لا يدخل ضمن الأخطاء الجسيمة المؤدية إلى التسريح طبقاً للمادة 73 من القانون 90-11 في حين ان الاجتهاد المستقر عليه وعملاً بنص المادة 77 من نفس القانون فان النظام الداخلي حدد زيادة على الأخطاء الجسيمة المؤدية الى التسريح المشار إليها في المادة 73 المذكورة أخطاء أخرى فكان على قاضي الموضوع التأكد من وجودها في مقرر التسريح و النظام الداخلي "...". ملف رقم 409277 قرار مؤرخ في 16/1/2008 الصادر عن الغرفة الإجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.

3- فتحي عبد الصبور، الوسيط في قانون العمل، دار النهضة للطباعة، بدون مكان نشر، 1985، ص: 644.

الأهمية كحالة إفشاء طريقة العمل من قبل عامل يدوي في حين تعد نفس التصرفات اخطاء جسيمة بالنسبة للعمال في مناصب مهنية اعلى،لهذا من أفضل لو أضيف في هذه القائمة حالة الخطأ الجسيم بدون تحديد طبيعته ليتسنى لصاحب العمل تكييفه بناءا على خطورته وغيرها من المعايير التي سبق بيانها(المادة73مكرر1) تحت رقابة مفتش العمل والقضاء وذلك اقتداء بالطريقة التي انتهجها مرسوم 82-302 الذي ادخل ضمن القائمة التي اعدّها حالة الخطأ الجسيم في عموميته¹ .

المطلب الثاني:حالات الخطأ المهني الجسيم الواردة في المادة 73 من قانون 11-90

بعد تحديدنا لمفهوم الخطأ الجسيم والتضارب الموجود في تفسير وتطبيق المادة 73 نتنقل الى تحليل ودراسة حالات الخطأ المهني الجسيم الواردة في المادة 73 من القانون 90-11 المعدلة والمتممة بالمادة 02 من قانون 91-29، ذلك ان تناول هذه الحالات بشيء من التفصيل امر ضروري على اعتبار أن أخذها على النحو الذي جاءت عليه بموجب النص القانوني المذكور يحمل الكثير من الغموض والإبهام وأحيانا حتى التعارض كما سنلاحظ ادناه .

يمكن تقسيمها حسب ما ورد في النص السابق الذكر إلى ثلاثة أنواع أو حالات : حالات الخطأ الجسيم المرتبطة بالعامل(الفرع الأول)،حالات الخطأ الجسيم المرتبطة بصاحب العمل(الفرع الثاني)،وحالات أخرى للخطأ الجسيم خارج الحالات المنصوص عليها في المادة 73 من قانون 90/11(الفرع الثالث)².

الفرع الأول:حالات الخطأ الجسيم المرتبطة بالعامل

يندرج ضمنها أربعة أنواع من الأخطاء و هي:

1-مصطفى قويدري،عقد العمل بين النظرية والممارسة،مرجع سابق ،ص:211.

² - بشير هادفي ،الحماية الوظيفية و الاقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري ،مرجع سابق،ص115.

أولاً-الأفعال التي يعاقب عليها التشريع الجزائري :

يعتبر بموجب هذه الفقرة تصرف العامل خطأ جسيم إذا توفرت فيه الشروط التالية:

أ-أن يشكل التصرف الذي يقوم به العامل جريمة بمفهوم قانون العقوبات الجزائري سواء كانت جنائية أو جنحة أو مخالفة،كلها تعتبر أخطاء جسيمة تجيز لصاحب العمل التسريح التأديبي للعامل،والوصف الذي يطلق على تصرف العامل بأنه جريمة لا يرجع لصاحب العمل بل الى الجهات القضائية المختصة،وعليه لا يجوز لصاحب العمل تسريح العامل بحجة ارتكاب جريمة معينة طالما ان هذا الأخير لم يدان جزائيا وفقا لما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا.¹

ب-ان يرتكب العامل الخطأ الذي يعاقب عليها التشريع الجزائري داخل مكان العمل وعليه لا يعتبر خطأ جسيما في حالة ارتكاب العامل جريمة خارج مكان العمل².

ج-صدور حكم جزائي نهائي يثبت ارتكاب العامل الجريمة او الخطأ الجسيم حتى يصلح لكي يكون سببا لتسريح العامل،و تبعا لذلك لا يكفي مجرد الشكوك او توجيه الإتهام لانتهاء علاقة العمل، بل يجب ان يبني على سبب حقيقي وجدي يثبت بصدور حكم نهائي بالإدانة حائز على حجية الشيء المقضي فيه .

فاتخاذ قرار الإنهاء الوظيفي بعد صدور حكم قضائي نهائي ،يمثل في مفهوم تشريع العمل عقوبة تأديبية ؛الا انها في الأصل ممارسة لحق استثنائي في الإنهاء ،طالما انه لا مجال في حالات الإدانة مع التنفيذ او في حالات التلبس من اتباع الإجراءات التأديبية

¹-ملف رقم 211629 قرار مؤرخ في 2002/2/17 الصادر عن الغرفة الإجتماعية للمحكمة العليا،المجلة القضائية،العدد الأول،2002،ص:173.

²-وقد كان للمحكمة العليا في قرارها الصادر في 2000/02/15² ان رفضت الطعن لكون الخطأ ارتكب خارج العمل،ومما جاء في حيثياته: " ... حيث و بالرجوع الى الحكم المستنذ يتبين ان قاضي الدرجة الاولى علل بما فيه الكفاية حكمه اذ انه قد رد على دفع الاطراف و برر حكمه على كون اصدار شيك بدون رصيد من طرف المدعي عليه كان خارج علاقة العمل التي تربطه بالمستخدم مما يجعل هذا الوجه غير مؤسس...". ملف رقم 190088 قرار مؤرخ في 2000/02/15،المجلة القضائية،العدد الثاني،الجزائر،2001،ص:94.

الإلزامية باحالة العامل المعني الى مجلس التأديب و الإستماع اليه و السماح له بالدفاع عن نفسه.¹

ثانيا- القيام باعمال العنف:

جاءت هذه الحالة بصيغة غير مباشرة دون تقديم توضيحات اضافية باستثناء وعاء عام يحمل عنوان "اعمال العنف"، و عليه يطرح التساؤل التالي ما القصد باعمال العنف؟ هل هي تلك الصادرة عن العامل اتجاه صاحب العمل؟ ام هي تلك الصادرة من نفس العامل اتجاه العمال الآخرين؟ ام ان الأمر يتعلق باعمال العنف في جميع صورها مهما كان مصدرها و ايا كان الشخص المنصبه نحوه؟.

يقصد باعمال العنف الواردة في الفقرة الخامسة من المادة 73 السابق الإشارة إليها هي: "تلك التصرفات المادية او المعنوية التي من شأنها الإضرار بمصلحة العمل ككل سواء صدرت في حق العمال او صاحب العمل او المسؤول المباشر للعمل"²، هذا المفهوم الذي يستخلص ايضا من خلال الحقوق الأساسية للعامل التي رتبها المشرع في تشريع العمل ، حيث تلزم المادة 6 من القانون 90-11 على صاحب العمل احترام السلامة البدنية و المعنوية و كرامة العمال و التي تمثل بالمقابل التزامات على العمال اتجاه صاحب العمل³. و عليه يظهر مما سبق ان المشرع الجزائري خص هذه الحالة بالذكر مع انها تدخل تحت طائلة الأفعال التي يعاقب عليها التشريع الجزائري ،مما يفيد انه يكفي ارتكاب اعمال العنف داخل اماكن العمل لاعتبارها خطأ جسيم دون حاجة الى استصدار حكم جزائي نهائي لاثباته ، و قد ذهب اجتهادات المحكمة العليا في هذا الإتجاه⁴ .

1- سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل وفقا لآخر التعديلات قانون سنة 2002 وقانون الضمان الإجتماعي رقم 19 لسنة 2001 مقارنة مع التطبيقات القضائية لمحكمة النقض و التمييز، دار الثقافة، القاهرة، 2004، ص: 296.
2- احمد شوقي عبد الرحمن، شرح قانون العمل و التأمينات الاجتماعية، الطبعة الثالثة، دار النهضة للطباعة، دون مكان نشر، 1988، ص: 296.

3- بشير هادفي، الحماية الوظيفية و الإقتصادية في قانون العمل الجزائري، مرجع سابق، ص: 120.

4- حيث جاء في احدى حيثيات قرارها ما يلي:

"...الا انه من الثابت قانونا ان الأخطاء الجسيمة المؤدية للطرد دون اشعار مسبق و لا تعويض اوردتها المادة 73 من القانون 91-29 المعدل و المتمم للقانون 90-11 على سبيل الحصر و منها اعمال العنف و التي لا تتطلب حكم.../... جزائي، اذ بطبيعتها حسب المادة 73 خطأ جسيم وبالتالي اشترط حكم جزائي قضى بإدانة على أعمال العنف تأسيس

وتعتبر أعمال العنف التي يقوم بها العامل داخل أماكن العمل أو بمناسبة ضد صاحب العمل أو رؤساء العمل أو العمال أو الغير من الزبائن خطأ جسيما موجبا للتسريح بغض النظر عن تحريك الدعوى العمومية وانتظار صدور حكم قضائي بالإدانة .

يفسر هذا الموقف الذي يعتبر أعمال العنف خطأ جسيما يستوجب التسريح الفردي دون الحاجة إلى إصدار حكم جزائي نهائي على أنه حرصا من القضاء على حماية مصلحة صاحب العمل من خلال تكريس النظام العام والأمن داخل المؤسسة ، طالما أن أعمال العنف من شأنها الإخلال بهيبة صاحب العمل .

ان مصطلح العنف بمفهوم النص التشريعي المذكور يقصد به الاعتداء الجسدي فقط دون غيره من صور العنف العديدة والمتنوعة التي قد تصدر من العامل كالعنف اللفظي (السب و الشتم) والتي استبعدتها المشرع ولم يتم التنصيص عليها من خلال نص هذه المادة ، وهذا الموقف يخالف التعريف المعروف لأعمال العنف والذي أشرنا إليه والمتمثل في العنف المادي والمعنوي معا لهذا انتقد على اعتبار أن مصطلح العنف جاء عاما دون تخصيص وهو الموقف الذي أكدته محكمة سطيف في 15/04/1994 والذي جاء فيه : " ... ومن خلال تفحص المحاضر وسماع العمال الذين صرحوا بأن العامل طلب رخصة للخروج ولم يتم بالسب والشتم ، وعليه نستنتج أن الخطأ غير ثابت ...". وعليه هذا الحكم إعتبر أن إثبات صاحب العمل السب والشتم الصادر من العامل والذي يعتبر صورة من صور أعمال العنف هو خطأ جسيم دون انتظار صدور حكم جزائي نهائي في هذا المجال.¹ كذلك الإطلاع بتأني على المادة 73 يكفي للتأكد من أن هذه الحالة أي الحالة الخامسة المتعلقة بقيام العامل بأعمال العنف سبق وأن تناولتها الحالة الأولى من نفس المادة المتعلقة بالأخطاء المرتكبة من طرف العامل والتي يعاقب عليها التشريع الجزائي ، لذلك اعتبرها

خاطئ وقرأة متأنية للنص تفيد ذلك ، يكفي فقط إثبات وجود هذه الأعمال بالطرق القانونية دون اشتراط حكم جزائي قضى بالإدانة... "ملف رقم 337769 قرار مؤرخ في 07/06/2006،مجلة المحكمة العليا،العدد الأول،الجزائر، 2006 ، ص : 297 .

¹-نقلا عن : ياسين بن صاري ، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 43

البعض تكرارا للحالة الأولى وأنه لا جدوى من إضافتها كحالة قائمة بذاتها لكونها تحمل نفس وصف الحالة الأولى¹ .

لكن انتقد أيضا هذا الموقف على اعتبار الاختلاف الموجود بين الحالتين الذي أكدته المحكمة العليا ، وعليه لا يوجد تكرار في هذا المجال .

تساءل البعض عن السبب الذي جعل المشرع يتحمل مشقة ذكر هذه الحالة كسبب من أسباب التسريح دون مهلة العطلة ولا علاوات إن لم يكن الهدف وراء ذلك منح المستخدم اختيار الطريق الذي يراه مناسباً لاتخاذ قرار التسريح ، فإما أن يتم إحالة العامل على لجنة التأديب التي تقرر مدى اعتبار العنف المرتكب من قبله خطأ جسيماً ، وبالتالي توقيع العقاب عليه ، وإما تحريك الدعوى العمومية فيما يخص الأفعال المنسوبة للعامل وهي أعمال العنف التي قام بها وفي هذه الحالة فحسب اجتهاد المحكمة العليا فإن صاحب العمل يكون مجبراً بالنتيجة التي تنتهي بها الدعوى فإما أن يصدر الحكم بإدانة العامل عن أعمال العنف التي قام بها ، ومن ثم يتم توقيع عقوبة تأديبية لاحقة عليه ، وإما يصدر حكم بالبراءة وبالتالي إعادة إدماجه في منصب عمله ، وكل هذا بخلاف الحالة الأولى (حالة الأفعال التي يعاقب عليها التشريع الجزائي)، التي ليس له خيار سوى الحصول على حكم جزائي نهائي يثبت الخطأ الجسيم المنسوب للعامل .

كذلك يطرح التساؤل عن مكان ارتكاب العنف ؟ ، هل يشترط ذلك داخل أو حتى خارج المؤسسة أيضا ؟ .

هذا التساؤل هو الآخر لم يجب عليه المشرع الجزائري ، وبالنسبة للفقهاء المصري لا يهم مكان وقوع الاعتداء لإضفاء وصف الخطأ الجسيم سواء داخل أو خارج مكان العمل²، يلاحظ أن قضاء المحكمة العليا دائماً يقرن ويشترط ارتكاب أعمال العنف داخل مكان العمل³ .

¹-ياسين بن صاري ، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري ، مرجع سابق ، ص : 43

²- نقلا عن :ياسين بن صاري ، المرجع نفسه، ص : 43 و 44 .

³-ومن ذلك ما جاء في إحدى قراراتها :.../...

ثالثا- المشاركة في توقف جماعي وتشاوري عن العمل خارج إطار الإجراءات القانونية المعمول بها :

إن الحق في الإضراب من الحقوق الدستورية المعترف بها لتعليق تنفيذ العامل لالتزاماته قصد الضغط على المستخدم وهذا الحق يضع القاضي في حرج من حيث التأطير القانوني له لأنه من جهة هو الضامن لتكريس هذا الحق الدستوري ، ومن جهة ثانية يجب عليه أن يرسخ معالم وحدود ممارسته وتكييفه مع احترام المساواة في الحقوق ، فهو إن كان حق إلا أن ممارسته تستوجب احترام بعض الإجراءات المحددة قانونا ألا وهي :

أ- أن لا يشرع في الإضراب إلا بعد التأكد من فشل محاولات التسوية الودية المتمثلة في الوساطة، والمصالحة، وبعد التأكد من انعدام أي طريق أو وسيلة أخرى لحل النزاع، كما يجب أن يسبق قرار الإضراب إتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم، هذا الأخير يوقف قرار الإضراب إذا كان قد شرع فيه وهذا طبقا للمادتين 24 و25 من قانون 90-02¹ ، فالتحكيم هو وسيلة لتفادي الإضراب أو على الأقل وسيلة لتفادي الاستمرار فيه .

ب- أن يكون قرار اللجوء إلى الإضراب صادر عن أغلبية العمال ، حيث يتم ذلك بالاقتراع السري في الجمعية العامة ، حيث أن القرار النهائي باللجوء إلى الإضراب يكون صادرا عن أغلبية العمال الحاضرين في هذه الجمعية العامة التي يجب أن يحضرها على الأقل نصف عدد العمال المشتغلين في المؤسسة المعنية وهذا طبقا للمادتين 27 و 28

من القانون السالف الذكر² .

.../ " ... حيث يتبين فعلا من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أسست قضائها على أن المستخدم أصدر عقوبته من أجل ارتكاب العامل عنفا في أماكن العمل دون انتظار الحكم الجزائي ، وحيث خلافا لما ذهبت إليه المحكمة العليا فإن العنف المرتكب في أماكن العمل يشكل في حد ذاته خطأ جسيما لا يحتاج إثباته بحكم جزائي ... " . ملف رقم 211628، قرار مؤرخ في 1998/01/08 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، الجزائر ، 2002 ، ص: 173

¹ - قانون 90-02 المعدل والمتمم ، مرجع سابق .

² - تنص المادة 27 من قانون 90-02 السابق الذكر: «تستدعى ، في الحالات المنصوص عليها في المادة 225 أعلاه، جماعة العمال المعنيين الى جمعية عامة في مواقع العمل المعتادة، بعد اعلام المستخدم ، قصد اعلامها بنقاط الخلاف

ج- وجوب الإشعار المسبق بتاريخ ومدة الإضراب¹ ، حيث يتم إعلام صاحب العمل مسبقا بقرار اللجوء إلى الإضراب ، مع تحديد بداية الشروع فيه ومدته إن كان محدد المدة ، أو مفتوح وهو ما يعني أن بداية الإضراب ليست هي تاريخ إقراره ، وإنما يبدأ نفاذه من التاريخ الموالي لنهاية مهلة الإخطار المسبق ، حيث تمنح هذه المهلة لصاحب العمل حتى يتمكن من البحث عن تسوية ودية للخلاف القائم ، ويتم تحديد هذه المهلة عادة عن طريق الاتفاقيات الجماعية أي عن طريق التفاوض ، وفي حالة عدم وجود اتفاقية جماعية أو عدم تحديدها فيها فإن هذه المهلة لا يجب أن تقل عن 8 أيام تحسب ابتداء من تاريخ إعلام صاحب العمل ومفتشية العمل المختصة إقليميا طبقا للمادة 30 من القانون السالف الذكر .

وأي إخلال بهذه الإجراءات القانونية الضرورية لإضفاء صفة الشرعية تضي على الإضراب صفة الغير الشرعي ومن ثم قيام خطأ مهني جسيم يرتكبه العامل الذي شارك فيه وهذا طبقا للمادة 33 من ذات القانون .

لكن الإشكال المطروح حول الجهة التي تتمتع بسلطة تقرير شرعية الإضراب من عدمه هل هم العمال أم صاحب العمل طالما أن توقيع الجزاء (التسريح التأديبي) يكون من طرفه ؟ .

إستقر إجتهد المحكمة العليا على مايلي :

* ضرورة المراقبة القضائية في تقدير مدى شرعية الإضراب وبأنه أمر ليس متروك لصاحب العمل وإنما هو من صلاحيات القضاء ومن تم قبل لجوء صاحب العمل الى أي جزاء تأديبي اتجاء العمال المشاركين في الإضراب لا بد أولا من استصدار حكم قضائي يؤكد عدم

المستمر، والبت في احتمال التوقف الجماعي عن العمل المتفق عليه. وتسمع جماعة العمال الى ممثلي المستخدم او السلطة الإدارية المعنية، بناء على طلبهم»

وتنص المادة 28 من قانون 90-02 السابق الذكر: «يوافق على اللجوء الى الإضراب عن طريق الإقتراع السري، و تكون الموافقة بأغلبية العمال المجتمعين في جمعية عامة تضم نصف عدد العمال الذي تتكون منهم جماعة العمال المعنية على الأقل.»

¹ - سليمان أحمية، آليات تسوية منازعات العمل والضمان الإجتماعي في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص : 148 - 150 .

شرعية الإضراب حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي :¹ " ... تقدير شرعية الإضراب غير متروك لرب العمل ، ومنه فلا يجوز تسليط عقوبة تأديبية على هذا الأساس قبل أن يثبت القضاء عدم شرعية الإضراب ، ولما ثبت في قضية الحال أن المستخدم سلط عقوبة على العامل من دون أن يثبت لدى القضاء عدم شرعية الإضراب ، فإن العقوبة المسلطة في هاته الحالة تكون غير مبررة والتسريح يصبح تعسفي ، ولما حكمت المحكمة بإعادة إدراج العامل ، في هاته الحالة تكون قد طبقت القاعدة المذكورة أحسن تطبيق . "

*يقع على المستخدم عبء إثبات عدم شرعية الإضراب بمعنى أن المشرع كما سبق القول جرد أصحاب العمل من أية سلطة في تقدير شرعية الإضراب ، وأنه يقع عليه إثبات الخطأ الجسيم الذي يجعل الإضراب غير شرعي وهو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها و مما جاء فيه: " ... متى ثبت عدم مشروعية الإضراب فإنه يعد خطأ جسيم ويؤدي إلى إنهاء علاقة العمل " ².

تتمثل الأخطاء الجسيمة المتعلقة بممارسة حق الإضراب المبررة للتسريح التأديبي حسب القانون 90-02 في مايلي :

-المشاركة في إضراب خرقا للأحكام التشريعية التي تضمنها قانون 90-02 وهي الأحكام المتعلقة بشروط مشروعية الإضراب(كعدم الشروع فيه إلا بعد انتهاء أجل الإشعار المسبق...).

- عرقلة حرية العمل ورفض تنفيذ أمر قضائي بإخلاء الأماكن التي تم احتلالها³ .
- رفض تنفيذ القدر الأدنى من الخدمة الدائمة.
- رفض تنفيذ أمر التسخير المبلغ وفقا لأحكام التشريع المعمول به.

¹-ملف رقم 69 77 33 قرار مؤرخ في 07/06/2006،مجلة المحكمة العليا،العددالأول،الجزائر،2006 ، ص : 297.

²-ملف رقم 95 10 11 قرار مؤرخ في 20 / 04 / 1994 ، الصادر عن الغرفة الإجتماعية للمحكمة العليا ، المجلة القضائية العدد الأول ،الجزائر، 1995 ، ص : 158 .

³-تنص المادة 36من قانون90-02:«تشكل عرقلة حرية العمل كما يشكل رفض الإمتثال لتنفيذ امر قضائي باخلاء المحلات المهنية خطأ مهنيا جسيما ،دون المساس بالعقوبات الجزائية».

- القيام بأعمال العنف، والإحداث العمدي لأضرار مادية بالبنائيات والمنشآت والآلات والأدوات والمواد الأولية وكل ما له علاقة بالعمل.

- استعمال العنف ، التهديد ، الاعتداء ، المناورات الاحتياطية ضد المستخدم أو ممثله بهدف منعهم من العمل أو استئنائه أو ضد العمال غير المضربين بهدف إجبارهم على الإنضمام الى الإضراب¹ و هذا طبقا للمادة 34 من القانون 90-02 السابق الذكر.

ورغم حصول صاحب العمل على حكم قضائي بعدم شرعية الإضراب، فإنه يبقى ملزما باحترام الإجراءات التأديبية الملزمة لصحة قرار التسريح التأديبي للعامل و هو ما أكدته المادة 33 مكرر من قانون 90-02.²

نلاحظ ان القانون 90-02 لم يحدد الجهة القضائية المختصة للنظر في شرعية الإضراب، لذلك يرى بعض الباحثين الجزائريين انه رغم ان المادة 35 تعطي الإختصاص لرئيس المحكمة لاصدار امر استعجالي باخلاء المحلات المهنية عند احتلالها من طرف العمال المضربين، الا انه لا يمكن باي حال من الأحوال الإعتماد على نص هذه المادة لاعطاء الإختصاص لرئيس المحكمة الإجتماعية للفصل في شرعية الإضراب من عدمه لانه يمس باصل الحق المدعى به ،و من ثم فان المحكمة المختصة هي المحكمة الإجتماعية أثناء رفع دعوى التسريح التعسفي على اعتبار انه لا يمكن للقاضي الإجتماعي اي قاضي الموضوع الفصل في هذه المسألة او تكييف التسريح على الأخص دون تقدير شرعية الإضراب من عدمه³.

¹-دليلة بوسعيدة، أثر ممارسة حق الإضراب على علاقة العمل الفردية في القانون الجزائري و القانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص:105.

2-تنص المادة 33 مكرر من قانون 90-02: "يشكل التوقف الجماعي عن العمل، الناتج عن النزاع الجماعي للعمل بمفهوم المادة 2 أعلاه، و الذي يحدث خرقا لأحكام هذا القانون ،خطأ مهنيا جسيما يرتكبه العمال الذين شاركوا فيه ،و يتحمل المسؤولية الأشخاص الذين ساهموا فيه بنشاطهم المباشر، و في هذه الحالة، يتخذ المستخدم تجاه العمال المعنيين الإجراءات التأديبية المنصوص عليها في النظام الداخلي، و ذلك في إطار التشريع و التنظيم المعمول بهما".

3-ياسين بن صاري ، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري ، مرجع سابق، ص:41.

وعليه القاضي الإجتماعي الفاصل في دعوى التسريح التعسفي المرفوعة من العامل ملزم كذلك بالفصل في الدفع المثار من المستخدم بخصوص عدم شرعية الإضراب و هو ما اكدته المحكمة العليا في احدى قراراتها¹.

بينما يرى البعض الآخر أنه في هذه الحالة التي يستلزم فيها على صاحب العمل تقديم حكم قبل تسليط عقوبة تأديبية على العامل لاثبات عدم شرعية الاضراب الذي شارك فيه العامل و هي الحالة التي لا يخول فيها لصاحب العمل الحق أو صلاحية تصنيف الخطأ الجسيم ، و لهذه الأسباب أو الاعتبارات فانه يتعين على صاحب العمل أن يبادر برفع دعوى أمام قاضي الأمور المستعجلة يلتمس منه الطابع اللاشعري للإضراب و يكفي للقاضي أن يعاين بان شرع فيه اخلالا بالقواعد الواجب اتباعها و لاسيما المادتين²⁹ و³⁰ ليحكم بعدم شرعية الاضراب لعدم احترام مهلة الاخطار و هو ما قد يؤدي الى التسريح

1-الذي جاء فيه ما يلي : "...ان الإضراب الذي قام به المطعون ضده مع زملائه النقابيين كان غير شرعي لانه جاء مخالفا للمادتين 26،27 من القانون 90-02 المعدل بالقانون 91-27 في المادة 33والذي يسمح لرب العمل في هذه الحالة ان يتخذ الإجراءات التأديبية المناسبة ما دام ان الإضراب المخالف للقانون يكون خطأ مهني جسيم يؤدي الى التسريح التأديبي.

وعليه في هذه الحالة ،فان القاضي الإجتماعي و هو يفصل في دعوى التسريح التعسفي التي اقامها العامل ،يكون ملزما كذلك بالفصل في الدفع المثار من المستخدم حول شرعية الإضراب من عدمه ذلك ان الفصل في هذه المسألة القانونية من اختصاصه وحده ،و التي على ضوءها يمكنه الحسم في دعوى التسريح و القول ان كان مشروعاً او تعسفياً،ان قاضي الدرجة الأولى لما صرف الطاعة الى رفع دعوى مستقلة للفصل في شرعية الإضراب من عدمه استنادا للامر الإستعجالي المؤيد بقرار فيما يخص توقيف الإضراب مؤقت يكون امتنع عن الفصل في نزاع من اختصاصه المحض دون مبرر قانوني و اساء كذلك فهم القرار الإستعجالي الذي احال الفصل في شرعية الإضراب من عدمه الى قاضي الموضوع الا وهو القاضي الفاصل في منازعات العمل....."ملف رقم 400552 قرار مؤرخ في 2008/4/9،مجلة المحكمة العليا،العدد الثاني،2008،ص:431.

2-تنص المادة 29 من قانون 90-02 السابق الذكر:«يشرع في الإضراب المتفق عليه ، حسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 27 و 28 أعلاه ، لدى انتهاء أجل الإشعار المسبق للإضراب».

³-تنص المادة30 من قانون 90-02 السابق الذكر:«تحسب مدة الإشعار المسبق بالإضراب ابتداء من تاريخ ايداعه لدى المستخدم و اعلام مفتشية العمل المختصة اقليمياً.

تحدد هذه المدة عن طريق المفاوضة و لا يمكن ان تقل عن ثمانية (8)أيام ابتداء من تاريخ ايداعه».

شريطة اثبات ذلك، و مادام أن القاضي الاستعجالي لا يتصدى لمسألة مشروعية الاضراب (قانونية او مشروعية مطالب عمال و طلباتهم) التي يعود الفصل فيها لقاضي الموضوع و انما يكتفي فقط بمعاينة شرعية أو عدم شرعية الإضراب فان تقدير ذلك يعود لاختصاصه ولا يمس أصل الحق في انتظار صدور حكم قضائي في الموضوع ينص على مشروعية الاضراب من عدمه، لكن أيضا تبني هذا الموقف لا يمنع من التأكيد على اجتهاد المحكمة العليا الذي سبق الإشارة إليه .

حيث يتعين على قاضي الموضوع في حالة دفع صاحب العمل بعدم شرعية الإضراب في دعوى التسريح التعسفي التي يرفعها العامل الفصل في هذا الدفع لأنه يدخل في اختصاصه وحده كأصل عام و لا يمكنه صرف صاحب العمل إلى رفع دعوى مستقلة للفصل في شرعية الإضراب من عدمه .

ونخلص في الأخير أن الفصل في شرعية الإضراب من عدمه هو من اختصاص قاضي الموضوع كأصل عام، و يجوز استثناء الفصل في هذه المسألة من قاضي الاستعجال بعد تأكده من توفر عناصر الدعوى الاستعجالية.

وهذا الاتجاه الموسع في تقدير شرعية الإضراب من عدمه بالنظر إلى اختصاص كل من قاضي الموضوع و قاضي الاستعجال و رغم غموض موقف المشرع حول هذه المسألة يستمد أيضا من خلال قرار صادر عن المحكمة العليا الذي جاء في إحدى حيثياته: "...حيث يتبين أن الخطأ المنسوب للعامل ... المتمثل في الاضراب لا يثبت بمجرد محضر و لا بواقعة الإضراب و انما عدم شرعية الاضراب تثبت بحكم أو بأمر صادر من الجهة القضائية المختصة...."¹. وعليه فان عبارة "بحكم او بأمر" تؤكد ما سبق و أن بيناه.

رابعا- تناول الكحول أو المخدرات داخل أماكن العمل:

لا مجال للشك أن الصياغة التي جاءت عليها هذه الحالة لا تؤدي الغاية التي كان ينشدها حقيقة المشرع ذلك أن حصر خطورة الفعل المرتكب من طرف العامل و الذي من شأنه أن يشكل خطأ جسيما في تناول الكحول أو المخدرات داخل أماكن العمل لا يمكن أن

1- ملف رقم 157340/14/4/1998 صادر عن الغرفة الإجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور .

يتحقق ذلك الا اذا ضبط و هو متلبس بتناول الكحول أو المخدرات لكن السؤال المطروح: هل أن تأثير الخمر أو المخدرات التي تظهر على العامل أثناء العمل، و رغم أن تناولها تم خارج أماكن العمل، يعتبر خطأ جسيماً ؟ بمعنى آخر ماذا لو تناول العامل المادتين المذكورتين قبل دخوله أماكن العمل علماً بان تأثيرهما يبدأ مباشرة بعد تناولهما فيباشر عمله على هذه الحالة ومن ثم يكون الفعل المادي قد ارتكب خارج مكان العمل لكن آثاره تترتب خلال أوقات العمل هل يتحقق تطبيق هذه الحالة أم لا؟¹

ان الاجابة عن هذا التساؤل تتم من خلال معرفة الغاية من وراء منع تناول الكحول و المخدرات في حد ذاته، اذ أن سبب المنع ليس أخلاقياً، أو اعتبارات دينية، و انما قصد المشرع أن يباشر العامل عمله وهو متمتع بكامل قواه العقلية و الجسدية، ومن ثمة معرفة قصد المشرع من وضع هذا المنع يدفعنا الى اعتبار أن العامل يعد مرتكباً لخطأ جسيم سواء تناول الكحول أو المخدرات داخل مكان العمل أو التحق بمنصب العمل وهو في حالة سكر مع ظهور تأثيره عليه وهو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الذي اعتبر تناول الكحول أو المخدرات يشكل خطأ جسيماً، حتى و ان تم الفعل المادي خارج مكان العمل.²

يرى الفقه المصري أنه يعد خطأ جسيماً حالة السكر البين أو التأثير بتعاطي المواد المخدرة والسكر البين هو السكر الشديد الذي يكون تأثيره واضح و ظاهر في تصرفات الشخص لا يهم بعد ذلك ان كان داخل أو خارج مكان العمل .

وعليه نستخلص في الأخير أن عدم ظهور تأثير الخمر أو المخدرات أثناء تناوله خارج مكان العمل، على تصرفات العامل، لا يمثل سبباً لمتابعة العمل تأديبياً، و هو ما تقتضيه الضمانات المتعلقة بحماية الحرية الشخصية، وبالمقابل فان مجرد تناول الكحول أو المخدرات داخل مكان العمل يشكل خطأ جسيماً سواء ظهر تأثيرهما أو لا.

الفرع الثاني: حالات الخطأ الجسيم المرتبطة بصاحب العمل

تشمل اربعة انواع من الأخطاء الجسيمة و هي:

1- ياسين بن صاري، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري، مرجع سابق، ص: 48.
2- ملف رقم 191271، قرار مؤرخ في 11/4/2000 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.

أولاً-التسبب عمداً في أضرار مادية تصيب المؤسسة:

يمثل الالتزام ببذل العناية المعتادة في تنفيذ العمل و المحافظة على وسائل المؤسسة الموضوعة تحت تصرفه أهم الالتزامات التي تقع على عاتق العامل، ذلك أن كل إخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ جسيماً يبرر التسريح التأديبي للعامل، بل و إن أي تصرف يمكن أن يلحق أضراراً بالبنائيات و المنشآت أو الآلات و المواد الأولية التابعة للمؤسسة أو إتلافها ، يمكن أن يكون زيادة على كونه خطأ جسيماً سبباً موجباً للمتابعة الجزائية و المطالبة بالتعويض¹، لكن كل ذلك إذا ما اقترن هذا الخطأ أو هذا التصرف بعنصر العمد أو بنية الاضرار بصاحب العمل التي يقع على عاتق هذا الأخير عبء اثباتها² و هو ما كرسته المحكمة العليا في إحدى قراراتها حيث اعتبرت الفعل المنسوب للعامل تأسيساً للطرد من العمل هو التهاون في أداء مهامه كحارس حيث تعرضت المؤسسة الى السرقة في فترة حراسته غير مؤسس قانونياً طالما أنه لا يدخل حصراً ضمن الأخطاء الجسيمة المذكورة في المادة 73 من القانون 90-11 المشار اليه سابقاً، و أن عنصر العمد و نية الاضرار أو كما سمته المحكمة العليا في هذا القرار بعنصر العدوانية للاضرار بصاحب العمل لم يتم اثباته³.

ثانياً-إفشاء معلومات تتعلق بالتقنيات والتكنولوجيا المستخدمة الا اذا أدنت بها السلطة السلمية أو أجازها القانون:

¹- ما يلفت النظر ان تشريع العمل لا بصيغته الحالية و لا بالصيغ السابقة لم يشر الى العقوبة المدنية التي تمكن رب العمل من مطالبة العامل بالتعويض نتيجة اي خطأ يصدر منه و يسبب ضرراً للمؤسسة و بالتالي يمكن القول ان نصوص العمل اكتفت بالعقوبة التأديبية، لكن استقرار فقهاء القانون الإجتماعي و كذا القضاء على مبدأ التعويض المستحق لرب العمل جراء ارتكاب العامل لخطأ جسيم دون غيره من الأخطاء الأخرى طبقاً للمادة 172 من القانون المدني اين حددت بوضوح مسؤولية العامل نتيجة ارتكابه خطأ جسيماً او صدر منه غش اثناء تنفيذه لعمله و القاعدة ان العام يبقى على عمومته ما لم يفيد بنص خاص. مهدي بخدة، الخطأ العقدي للعامل، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثامن، الجزائر، اوت 2010، ص:104.

²- بشير هادفي، الحماية الوظيفية و الاقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري، مرجع سابق، ص:123.

³- ملف رقم 157838 قرار مؤرخ في 10/2/1998 عن الغرفة الإجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1999، ص:17.

ينص القانون المتعلق بعلاقات العمل¹ على ضرورة التزام العامل بحفظ أسرار العمل و عدم إفشائها و اطلاع الغير عليها إلا ما استثنى بنص قانوني أو أجازها صاحب العمل، سواء تعلقت الأسرار بمعلومات أو وثائق مرتبطة بها أو بالتقنيات التكنولوجية أو أساليب الصنع و طرق التنظيم².

يستفاد هذا الالتزام ليس فقط بما ورد في قانون العمل و إنما يستفاد أيضا مما تمليه العقود بصفة عامة من التزام بمراعاة حسن النية و يخضع لهذا الالتزام كل عامل يرتبط بعلاقة عمل تبعية مع رب العمل أيا كان نوع العمل الذي يقوم به، و أيا كان عدد العمال بالمنشأة، و أيا كان نوع السر الذي يطلع عليه بحكم عمله.

تبعا لذلك فإن افشاء أسرار العمل تمثل أخطاء جسيمة تسمح لرب العمل بطرد العامل من منصب عمله، بل و المطالبة بالتعويض لما يترتب عن ذلك من أضرار على صاحب العمل الذي يقع عليه عبء اثبات هذه الحالة. و تبقى تقدير مدى سرية و أهمية الأسرار محل الإفشاء من اختصاص قاضي الموضوع³.

مع ذلك لا يسأل العامل عن تلك المعلومات المتعلقة بالمصلحة العامة و النظام العام، التي تمثل مخالفات للقانون الجزائي قد يرتكبها صاحب العمل، كما هو الشأن بالنسبة للتهرب الضريبي عن طريق التزوير في السجلات المحاسبية، أو الغش في مواد الصنع أو المضاربة و غيرها من الحالات التي لا تعتبر من قبيل الأسرار المهنية.

ما تجدر الإشارة إليه أنه يمكن تضمين عقد العمل بند يتضمن التزام العامل بالأسرار المذكورة حتى بعد مغادرته مكان العمل نهائيا و الامتناع عن الاستفادة بما اطلع عليه من أسرار في نشاط مستقل يقوم به منافسا لصاحب العمل أو العمل لدى مشروع منافس⁴، الا أن ذلك يعتبر قييدا خطيرا على ممارسة العامل ما يشاء من نشاط بعد انتهاء عقد العمل

¹ -أنظر: المادة السابعة، الفقرة الثامنة من القانون 90-11، مرجع سابق.

² -يقصد بالسر المهني وفقا للقضاء المصري: "كل المعلومات أو الأسرار التي تتصل بالصناعة او التجارة و التي لو ذاع خبرها لزعزعت الثقة في التاجر او الصانع و كذا المعلومات التي جرى العرف على كتمانها". (حكم محكمة استئناف القاهرة لسنة 1960).

³ -بشير هادفي، الحماية الوظيفية و الإقتصادية في قانون العمل الجزائري، مرجع سابق، ص:124.

⁴ -عبد السلام ديب، قانون العمل والتحويلات الإقتصادية، مرجع سابق، ص:438.

طالما أن ذلك ليس فيه اخلال بالواجبات القانونية المفروضة عليه (كاعتداء على الإسم التجاري لصاحب العمل و تحريض عمال هذا الأخير على ترك الخدمة أو افشاء أسرار العمل للغير).¹

ثالثا- رفض العامل بدون عذر مقبول تنفيذ التعليمات الصادرة من صاحب العمل :

بالرجوع الى أحكام المادتين الثانية² و السابعة من القانون 90-11 يظهر بأن عناصر عقد العمل هي تأدية عمل يدويا أو فكريا لحساب صاحب العمل مقابل أجر على أن يكون العامل أثناء تأدية عمله خاضعا لإدارة صاحب العمل حيث جاء صراحة بموجب النص المذكور أعلاه مايلى: "...أن يؤدوا، بأقصى ما لديهم من قدرات، الواجبات المرتبطة بمنصب عملهم ويعملوا بعناية ومواضبة في اطار تنظيم العمل الذي يضعه المستخدم... "، ثم أضاف: " .. أن ينفذوا التعليمات التي تصدرها السلطة السلمية التي يعينها المستخدم أثناء ممارسته العادية لسلطاته في الادارة ..."

يظهر أن المشرع الجزائري أوجب على العامل الخضوع لأوامر صاحب العمل الخاصة بتنفيذ عقد العمل المتفق عليه سواء الأوامر الفردية أو التنظيمية التي تكون في صياغة عامة مجردة ضمن لائحة تنظيم العمل أي النظام الداخلي للمؤسسة.

وتطبيقا للنظرية العامة للالتزامات، فإذا امتنع العامل عن تنفيذ التزاماته بأداء العمل الذي وظيف من أجله، يسقط بالمقابل التزام صاحب العمل بدفع الأجر و يمكن له إنهاء العقد و تسريح العامل تأديبيا دون مهلة إخطار أو تعويض، لأن ذلك يمثل خطأ جسيما وفقا للمادة 73 من قانون 90-11 السالف الذكر .

¹-ان تحديد اطار تشريعي واضح لهذا الشرط يعد ضرورة عملية لغلق الباب امام اي تعسف من ارباب العمل في فرض شرط عدم المنافسة على طالب العمل و استغلال حاجته له. فاطمة الزهراء بوقطة، شرط عدم المنافسة في علاقة العمل الفردية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية، العدد الثالث، الجزائر، 2009، ص483.

²-تنص المادة 2 من قانون 90-11: «يعتبر عمالا اجراء، في مفهوم هذا القانون، كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا او فكريا مقابل مرتب، في اطار التنظيم، و لحساب شخص آخر، طبيعي او معنوي عمومي او خاص، يدعى "المستخدم".»

يمثل الأمر المهني كما يعرفه الفقه: " كل تعبير يتضمن أداء عمل أو امتناع عن عمل أو تحذير للتحوط من وقوع حادث يصدر عن رئيس مختص الى مرؤوس مختص بتنفيذه تربطهما علاقة تبعية"¹.

وترد على سلطة رب العمل في اصدار الأوامر بعض القيود² و هي:

1- أن تصدر الأوامر في حدود تنفيذ العمل المتفق عليه الذي يدخل في عمله أو

مهنته:

تبرير ذلك أن تبعية العامل تنحصر فقط في حدود العمل المتفق عليه و لا يجوز لصاحب العمل التدخل بأوامره فيما يمس الحياة الخاصة للعامل بجميع جوانبها (عائلته ، سلوكياته الخاصة، دينية، نقابية، سياسية، حرية الشخصية في مظهره و ملبسه و حرمة حياته الخاصة) الا ما كان منها يتعارض مع مقتضيات حسن العمل أو يضر بسمعة المشروع بالنظر الى مصلحته و هدفه.

2- ان لا تخالف الأوامر العقد أو القانون أو الآداب:

مقتضى ذلك أنه لا يجوز لصاحب العمل أن يخالف بأوامره ما جاء في عقد العمل الفردي أو الجماعي باستثناء ما يجيز المشرع مخالفته في حالة مخالفة هذه الأوامر لعقد العمل أو قانون العمل أو مخالفة النظام العام و الآداب العامة.³

3- أن لا يترتب على هذه الأوامر تعريض العامل للخطر:

ان عدم طاعة أوامر رب العمل المشروعة تعتبر خطأ مهنيا جسيما يبرر تسريحه كما سبق قوله لكونه يمثل اخلاص بالتزام جوهري من التزامات العامل و في مقابل ذلك فان امتناع العامل عن طاعة الأوامر غير المشروعة كما سبق تبيانها (اخلاص صاحب العمل بالقيود التي ترد على هذه الأوامر) يعفي العامل من أي مسؤولية تأديبية و حيث في هذه الحالة يجوز له الامتناع عن تنفيذها، و اذا أصر صاحب العمل على تنفيذها مما دفع

¹ اسحاق ابراهيم منصور، ممارسة السلطة الرئاسية و أثرها في قانون العقوبات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص: 161.

² بشير هادفي، الحماية الوظيفية و الإقتصادية في قانون العمل الجزائري، مرجع سابق، ص: 125.

³ أنظر: المادة 122-46 من قانون العمل الفرنسي حيث يحضر كل صور التحرش الجنسي بالعامل لمصلحة صاحب العمل او أحدا من الغير، وهو ما يحقق سلطة صاحب العمل في نطاق الشرعية القانوني.

العامل الى تقديم استقالته اعتبر في هذه الحالة تسريح تعسفي للعامل.¹ يدخل أيضا ضمن رفض تنفيذ تعليمات أوامر صاحب العمل حالة التغيب لمدة طويلة دون عذر مقبول. و هي الحالة التي لم ينظمها قانون العمل، و لم تحددتها الاتفاقيات الجماعية وأغلب الظن أنه تركها لسلطة لصاحب العمل ينظمها بموجب النظام الداخلي، و هذا لا يعد إشكالا خاصة بعد صدور قرار المحكمة العليا لسنة 2004 كما سنرى لاحقا و الذي اعتبر أن الأخطاء الجسيمة الواردة في المادة 73 من قانون 90-11 مذكورة على سبيل المثال لا الحصر، و هو فعلا ما أكدته المحكمة العليا صراحة في احد قراراتها². ومن ثمة يترك لصاحب العمل تقدير حالات التغيب التي تعتبر خطأ جسيما تحت رقابة القضاء و حسب كل نزاع بشكل منفرد و ما تجدر الإشارة إليه في هذا الإطار أن قانون الوظيفة العمومية الجديد نص صراحة على اعتبار الغياب لمدة 15 يوما متتالية دون مبرر مقبول خطأ جسيما يستوجب تسريح العامل بسبب اهمال المنصب بعد الاعذار.³ لذلك لا بد من تنظيم هذه الحالة بدقة و تفصيلها في أي تعديل لمشروع قانون العمل في المستقبل كما هو حالها في قانون الوظيفة العمومية الجديد و عدم تركها لسلطة صاحب العمل المطلقة رغم عدم نفي سلطته في هذا المجال و حقه في ادراجها ضمن حالات الخطأ الجسيم بموجب النظام الداخلي لما لها من آثار وخيمة على حسن سير و مصلحة مشروعه، خاصة فيما يتعلق بمدة الغياب التي تبرر التسريح و حالات الغياب القانونية أو المبررة، و ذلك تقاديا لأي تعسف من صاحب العمل في هذا المجال و يقترح الأستاذ بشير هادفي هو الآخر الأخذ بهذه المدة ضمن أحكام قانون علاقات العمل لتبرير تسريح

¹-همام محمد محمود زهران ،قانون العمل،عقد العمل الفردي،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،1997-1998،ص:453 .

²-والذي جاء في احدى حيثياته مايلي: ".....حيث أن اهمال المنصب و تركه عن طريق الغيابات غير منصوص عليه كخطأ جسيم بمقتضى المادة 73 ، و أنه يعتبر كمبرر شرعي من أجل إنهاء علاقة العمل (خطأ جسيم يبرر التسريح التأديبي للعامل) لما يكون منصوص عليه في النظام الداخلي للمؤسسة المستخدمة و ذلك بعد قيامها بالإجراء المسموح به في النظام الداخلي من أجل اثباته...".ملف رقم 337769قرار مؤرخ في 2006/6/7 ،مجلة المحكمة العليا،العدد الأول، الجزائر،2006،ص:297.

³-أنظر:المادة 184 من قانون06-03،مرجع سابق.

العامل من وظيفته بسبب ارتكابه خطأ جسيماً.¹

نؤكد في الأخير أنه بالنسبة لرفض تنفيذ تعليمات السلطات السلمية، فقد جاء قرار المحكمة العليا ليؤكد مرة أخرى أن مثل هذا الفعل يعد خطأ جسيماً يستوجب التسريح بدون مهلة أو تعويض.²

رابعا- رفض تنفيذ أمر التسخير المبلغ به وفقا لأحكام التشريع المعمول به:

يدخل في إطار تنفيذ التسخير الموجه للعامل، حالة الموازنة بين حق الاضراب و ضرورة استمرار المؤسسة لأداء خدماتها الحيوية الضرورية التي تعتبر من مقتضيات النظام العام، إذ يقع هذا العبء على صاحب العمل المسؤول بصفة مباشرة عن سريان نشاط المؤسسة الذي تقدم خدمات عامة و أنشطة لازمة لتمويل السكان قصد رفع الشلل الذي يحدثه التوقف التام و يدخل أيضا ضمن حالة رفض أوامر التسخير الامتناع عن القيام بعمل أو مهمة اضطرارية أو مرتبطة بنظام العمل في المؤسسة، حيث يؤدي عدم الامتثال الى تعريض مصالح صاحب العمل للخطر، كما هو الشأن بالنسبة للطبيب المناوب و الصيدلاني و سائق سيارة الاسعاف و غيرهم من الفئات العاملة.

يمارسه عن طريق أوامر التسخير حيث نظمه المشرع الجزائري بموجب أحكام المادتين 141¹ و 42² من قانون 90/02 السابق ذكره.

¹- بشير هادفي، الحماية الوظيفية والإقتصادية في قانون العمل الجزائري، مرجع سابق، ص: 126.

²- إذ جاء في إحدى حيثيات قرارها "...من المقرر قانونا أنه يعد خطأ من الدرجة الثالثة، و تصل عقوبته الى التسريح دون مهلة مسبقة، و دون تعويضات، رفض العامل تنفيذ التعليمات التي تلقاها من السلطة المشرفة عليه لانجاز أشغال ترتبط بمنصب عمله دون تقديم عذر مقبول...". ملف رقم 129038 قرار مؤرخ في 19/12/1995 عن الغرفة الإجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.

وجاء في قرار آخر: "... حيث أن الخطأ المنسوب للطاعن يتمثل في رفضه دون سبب جدي تنفيذ التعليمات المرتبطة بواجباته المهنية وفقا لما نصت عليه المادة 73 من القانون 91/29 الذي يعتبر خطأ جسيماً باعتباره كان سائق شاحنة لدى المطعون ضدها حيث تعرضت لحريق و طلب منها مساعدة مصلحتها الأمر الذي رفضه فحول لمصلحة الصيانة فرفض مرة أخرى و هي أعمال مرتبطة بواجباته المهنية و عدم الامتثال لذلك يعد خطأ جسيماً يوجب الطرد و هو الأمر الذي وافقت عليه المحكمة...." ملف رقم 204623 قرار مؤرخ في 10/10/2000 عن الغرفة الإجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.

تأسيسا على ذلك يعتبر عدم الامتثال لأمر التسخير المبلغ للعامل كتابيا أو وفق ماتتص عليه الأحكام التشريعية و الاتفاقية السارية ، خطأ جسيما يستوجب تسريح العامل من منصب عمله دون مسؤولية على صاحب العمل بصريح نص المادة 42 من القانون 02/90 السالف الذكر، هذا في الدعوى التأديبية بغض النظر عن المتابعة الجزائية التي يمكن مباشرتها على أساس عدم الامتثال لأمر التسخير عملا بأحكام المادة 422 مكررا من قانون العقوبات³، علما فان دواعي الحماية تقتضي حين مباشرة الدعوى الجزائية، توقف الإجراءات التأديبية الى غاية صدور حكم جزائي نهائي.⁴

الفرع الثالث: حالات أخرى للخطأ الجسيم خارج الحالات المنصوص عليها في المادة 73

ان المشرع الجزائري أضاف حالات أخرى للخطأ الجسيم خارج الحالات المنصوص عليها في المادة 73 من قانون 11/90 السالف ذكره، أضفى عليها كذلك صفة الأخطاء الجسيمة و ذلك بموجب القانون 02/90 المؤرخ في 06/02/1990 المتعلق بالوقاية من المنازعات الجماعية في العمل و تسويتها و ممارسة حق الاضراب⁵ . تشمل هذه الحالات و التي سبق أن أشرنا اليها بمناسبة دراسة حالة الاضراب أو التوقف الجماعي عن العمل ما يلي:

أولا-التوقف الجماعي عن العمل خرقا للقانون:

¹-تنص المادة 41:«عملا بالتشريع الساري المفعول ،يمكن ان يؤمر بتسخير العمال المضربين الذين يشغلون ،في الهيئات او الإدارات العمومية او المؤسسات،مناصب عمل ضرورية لامن الأشخاص و المنشآت و الأملاك،لضمان استمرار المصالح العمومية الأساسية في توفير الحاجيات الحيوية للبلاد او الذين يمارسون أنشطة لازمة لتمويل السكان».

²-تنص المادة 42:«بعد عدم الإمتثال لامر التسخير خطأجسيما ،دون المساس بالعقوبات النصوص عليها في القانون الجزائي».

³-أنظر: المادة 422 مكررا من الأمر 66-133 المؤرخ في 26 جوان 1966يتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم،الجريدة الرسمية عدد49 لسنة1966.

⁴-ياسين بن صاري ،التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري ،مرجع سابق،ص:48.

⁵-قانون 90-02،مرجع سابق.

هذا بموجب المادتين¹ 26 و 33 مكررمين قانون 90-02 السابق الذكر، و لقد وردت هذه الحالة كذلك ضمن البند الثالث من المادة 73 من القانون 11/90 و الفرق الوحيد أنه في هذه الحالات التوقف ناتج عن نزاع جماعي للعمل الذي و ان كان حق دستوري الا أنه لم يخضع للإجراءات القانونية السابقة الذكر مما يجعله توقف غير مشروع ، و كل عامل شارك فيه يعتبر ارتكب خطأ جسيما دون اخلال صاحب العمل بإجراءات التأديبية اللازمة في هذا المجال.

ثانيا- عرقلة حرية العمل و رفض الامتثال لتنفيذ أمر قضائي باخلاء المحلات المهنية في حالة احتلالها من طرف العمال المضربين:

يجب الإشارة أن هذه الحالة تتضمن في حقيقة الأمر صورتين لأوجه التصرفات التي يقوم بها العمال المضربين و التي من شأنها أن تشكل خطأ جسيما يبرر التسريح التأديبي في حقهم، تتمثل الحالة الأولى في عرقلة حرية العمل على اعتبار أن الاضراب و ان كان حقا دستوريا ، الا أنه لا يجوز للعمال المضربين منع زملاءهم من العمال غير مضربين الاتصال بأماكن العمل أو الضغط عليهم بأي شكل من الأشكال للتوقف عن العمل ، وهو نفس الحال بالنسبة لمنع صاحب العمل أو ممثليه كذلك من الالتحاق بمكان العمل بواسطة التهديد أو المناورات الاحتيالية أو العنف أو الاعتداء².

فقيام العامل بمثل هذه التصرفات يعتبر خطأ جسيما يبرر تسريحه تأديبيا كما سبق تناوله، أما الحالة الثانية تكون في حالة تقرير عدم أحقية شغل أماكن العمل من طرف العمال المضربين و بضرورة إخلائها بموجب حكم قضائي تبعا لدعوى قضائية يكون قد رفعها

¹-تنص المادة 26 من قانون 90-02 السابق الذكر: «يشكل التوقف الجماعي عن العمل الناتج عن النزاع الجماعي للعمل ، بمفهوم المادة الثانية أعلاه و الذي يحدث خرقا لا يحكم هذا القانون ، خطأ مهنيا جسيما يرتكبه العمال الذين يشاركون فيه و يتحمل المسؤولية الأشخاص الذين ساهموا فيه بنشاطهم المباشر» .

²-تنص المادة 34 من قانون 90-02 السابق الذكر: «يعاقب القانون على عرقلة حرية العمل و يعد عرقلة لحرية العمل كل فعل من شأنه ان يمنع العامل او المستخدم او ممثليه من الإلتحاق بمكان عمله المعتاد او يمنعهم من استئناف ممارسة نشاطهم المهني او من مواصلته بالتهديد او المناورات الإحتيالية او العنف او الإعتداء».

صاحب العمل لمنع إحداث أضرار بالمؤسسة¹ ، فأبي تصرف سلبي من طرف العمال المضربين مهما كان شكله للتعبير عن رفض الامتثال لتنفيذ أمر الإخلاء من شأنه أن يشكل بدوره خطأ جسيماً وفقاً للنص القانوني السابق ذكره.²

ثالثاً- رفض العامل القيام بالحد الأدنى من الخدمة:

ان ممارسة حق الإضراب يفرض على العمال المضربين تنفيذ الالتزامات الناجمة عن ضمان حد أدنى من الخدمة إذا طالب بذلك صاحب العمل للحيلولة دون التأثير على العمل و السير الحسن للمؤسسة عن طريق التوقف التام والكلي عن العمل الذي يصل في حالة رفض تقديم قدر أدنى من الخدمة إلى شل جميع أجهزة المؤسسة مما يهدد هذه الأخيرة حتى في وجودها أحياناً ، و عليه فان هذا الضرر الناجم عن التوقف التام عن النشاط دون تقديم حد أدنى من الخدمات الإجبارية³ هو الذي يحول الإضراب من حق مشروع دستورياً إلى تصرف غير قانوني مصنف كخطأ جسيم يستحق أقصى و أشد الجزاءات التأديبية ألا و هي التسريح التأديبي.⁴

¹-تنص المادة 35 من قانون 90-02 السابق الذكر:«يمنع العمال المضربون عن احتلال المحلات المهنية للمستخدم ، عندما يستهدف هذا الإحتلال عرقلة حرية العمل .

و في هذه الحالة ،يمكن اصدار امر قضائي باخلاء المحلات بناء على طلب المستخدم.»

²-بشير هادفي ،الحماية الوظيفية و الإقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري ،مرجع سابق،ص:125.

³-تنص المادة 40 من القانون 90/02 السابق الذكر: " يعد رفض العامل المعني القيام بالقدر الأدنى من الخدمة المفروضة عليه خطأ مهنياً جسيماً" .

⁴-ياسين بن صاري ،التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري ،مرجع سابق،ص:53و54.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن التسريح التأديبي

اعترف المشرع الجزائري وكرس مبدأ حرية العمل المتمثل في قدرة العامل في ان يوظف و ان يختار العمل الذي يتلاءم و مؤهلاته الفكرية او البدنية.

وقدرة صاحب العمل في اختيار العامل الذي يعمل لديه للمحافظة على مصالحه الاقتصادية من خلال سلطة التسيير و الرقابة ، وكذا التأديب.

لكن أمام ممارسته لهذه السلطات لم يغفل المشرع الجزائري عن حماية العامل من جراء ذلك لتحقيق استقراره الوظيفي و أمنه و من أجل استمرار علاقة العمل التي تربطه بصاحب العمل.

ان حماية العامل تقتضي تقرير جملة من الضمانات للحد من التعسف الذي قد يمارسه صاحب العمل عند ممارسته لسلطته التأديبية و خاصة عند استعماله لحقه في التسريح التأديبي وهي ضمانات اجرائية وادارية وقضائية (المبحث الأول)، كما ان دواعي هذه الحماية يقتضي تقرير مجموعة من العقوبات او الأثارفي حق صاحب العمل الذي لا يحترم قيود و ضوابط او حدود ممارسة السلطة التأديبية اي الذي يخالف النظام القانوني للتسريح المتمثلة في الحكم باعادة ادماج العامل او تعويضه ماديا (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الحماية المقررة للعامل في مجال التسريح التأديبي

لتحديد مضمون أو محتوى الحماية المقررة للعامل ومدى نجاعتها في تحقيق الهدف الذي تنتشده أغلب التشريعات العمالية ألا وهو تحقيق الاستقرار الوظيفي للعامل، يمكن تصنيف هذه الحماية إلى نوعين حماية سابقة لصدور قرار التسريح، وتتضمن مجموعة الضمانات الإجرائية(المطلب الأول) ، وحماية لاحقة لصدور قرار التسريح و تشمل الحماية الإدارية والقضائية(المطلب الثاني).

المطلب الأول: الضمانات الإجرائية السابقة لقرار التسريح التأديبي

لم يغفل المشرع الجزائري دور القواعد الإجرائية في حماية العامل من التسريح التأديبي حين ارتكابه خطأ جسيم، حيث تناولها بالنص في المادة 73 مكرر2، هذه الأخيرة تضمنت الحد الأدنى من الإجراءات التأديبية الإلزامية التي يتعين على صاحب العمل احترامها في ممارسة سلطته التأديبية

إن الملاحظة الأساسية التي تستوقفنا عند استقراء نص المادة 73 مكرر2 السالف الذكر هو أن المشرع الجزائري رسم مجموعة من الإجراءات التأديبية،التي يجب على صاحب العمل الخضوع لها عند قيامه بالتسريح التأديبي للعامل، لكن هذه الإجراءات التأديبية لا يكون التشريع مصدرها الوحيد(الفرع الأول)، بل يمكن أن يكون مصدرها النظام الداخلي أو يكون مصدرها تفاوضي اتفاقي كالاتفاقيات الجماعية(الفرع الثاني).

الفرع الأول:ضرورة اتباع الإجراءات الجوهرية ذات المصدر القانوني

تجدرا لإشارة قبل الخوض في الإجراءات التأديبية التي يكون مصدرها التشريع أنه بالرجوع إلى نص المادة 73 من قانون 90-11الأصلية أي قبل تعديلها، نلاحظ أن المشرع كان يخول لصاحب العمل وحده سلطة تحديد الإجراءات التأديبية و ذلك بموجب النظام الداخلي، إلا أنه تم التراجع عن هذا الموقف بموجب القانون 91/29¹ المعدل و المتمم

¹-قانون 91 - 29 ، مرجع سابق .

لنص المادة 73 من قانون 90-11 ، بحيث أصبحت المادة 73 مكرر 2 تلزم قانونا صاحب العمل القيام بمجموعة من الإجراءات التأديبية التي تعتبر جوهرية و لا يمكن الاستغناء عنها و تتمثل في :

-التبليغ الكتابي لقرار التسريح من طرف صاحب العمل

-سماع العامل المعني بالتسريح.

-إعلامه بإمكانية اختيار عامل تابع للهيئة المستخدمة

أولاً: سماع المستخدم للعامل

1-الهدف الذي ينشده المشرع من وراء هذا الإجراء :

إن استيفاء شرط سماع العامل وفقاً للاصول القانونية التي تتطلبها اعتبارات العدالة يعد إجراءً جوهرياً لا يغني عنه التحقيق الذي تجرته المحكمة و هدف هذا الإجراء هو استقصاء الحقيقة وذلك من خلال مواجهة العامل بالوقائع، الادعاءات، الأخطاء الموجهة له و تخويله حق الدفاع عن نفسه و تحقيق أوجه دفاعه و هذا بمفهوم المادة 73 مكرر 2 السالف ذكرها، أي تبليغ المستخدم للعامل سبب أو أسباب القرار المزمع اتخاذه ثم تمكينه بكل حرية من الإدلاء بتصريحاته و تقديم جميع الأدلة التي تثبت براءته أو إبراز الظروف التي دفعته إلى ارتكاب الخطأ المنسوب له، كل هذا يساعد المستخدم في تقدير جسامة الخطأ المرتكب من العامل بمراعاة المعايير أو القيود الواردة في هذا المجال في إطار المادة 73 مكرر 1 نظراً لأهمية هذه الأخيرة.

2-الإجراءات الواجب اتباعها لتحقيق هذا الإجراء:

ان المشرع الجزائري أوجب قانوناً سماع المستخدم للعامل دون النص تفصيلاً في الإجراءات الواجب اتباعها لتحقيق هذا الإجراء¹ ، ككيفية استدعاء العامل و المواعيد أو الآجال التي يجب احترامها للاستدعاء، و ربما ترك هذه المهمة للأنظمة الداخلية لإمام بها تفصيلاً تماشياً مع اختلاف الأعمال و خصوصيتها من قطاع إلى آخر.

خلافاً لذلك ، المشرع الفرنسي الذي تناول هذا الجانب بكثير من التفصيل مع تدعيمه بالإجتهاد القضائي و المناشير الصادرة عن وزارة العمل نظراً لأهمية هذه الإجراءات في

¹-بشير هادفي ، الحماية الوظيفية والإقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري ، مرجع سابق ، ص 128 .

مجال التسريح التأديبي، كونها تتعلق بحقوق الدفاع، لذلك فرض على صاحب العمل قبل سماع العامل استنفاً شرط استدعاءه في محادثات مسبقة اعتبرها بمثابة محاولة صلح، و يتم هذا الاستدعاء كتابة عن طريق رسالة مضمّنة أو رسالة تسلم إلى المعني بالأمر شخصياً مقابل وصل استلام و تتضمن هذه الرسالة الموضوع، تاريخ و ساعة السماع أو المحادثات و إعلام العامل بحقه في الاستعانة بمن يساعده، وقد قرر القضاء الفرنسي عدم كفاية الأجل فيما يخص رسالة استلمت يوم الجمعة في حين أن المحادثات حددت ليوم الثلاثاء صباحاً و بما أن المؤسسة كانت في فترة عطلة فإن ذلك يصعب من مهمة الاتصال بمندوبي المستخدمين¹.

أما فيما يخص سماع العامل فقد فرق المشرع الفرنسي بين حالتين، الأولى وهي الحالة التي تغيب فيها هيئات تمثيل العمال لدى المستخدم و هنا يجب أن يتم سماع العامل بعد مضي خمسة أيام على الأقل تسري من تاريخ الاستدعاء، أما الثانية وهي حالة ما إذا كانت للهيئة المستخدمة هيئة تمثيل العمال، فإن الاجتهاد القضائي الفرنسي يشترط سماع العامل بعد مضي مدة معقولة من استدعاءه وذلك بحضور صاحب العمل أو من يمثله، العامل و مساعده في حالة استعمال هذا الحق².

وعليه من الأفضل لو نظم المشرع هذا الإجراء بنفسه بدقة و تفصيل لأهميته و تعلقه بحقوق الدفاع، و لا يعتقد أن هذه الأخيرة سيحرص عليها المستخدم أشد الحرص عند وضعه للنظام الداخلي، و من ثم تجنب إسناد هذه المهمة له، تجنباً لأي تعسف و إهدار لحقوق العامل في هذا المجال³.

ثانياً: استعانة العامل المعني بالتسريح بعامل تابع للهيئة المستخدمة

طبقاً للمادة 73 مكرر 2 فإنه يمكن للعامل المعني بإجراءات التسريح التأديبي اختيار أي عامل تابع للهيئة المستخدمة للاستعانة به عند سماعه من طرف صاحب العمل.

¹ - بشير هادفي ، الحماية الوظيفية والإقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري ، مرجع سابق ، ص 128.

² - ياسين بن صاري ، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري ، مرجع سابق، ص: 85.

3-YAKOUB ZINA, de l'insuffisance de la protection du travailleur en matière de licenciement en droit algérien, mémoire pour l'obtention du magistère en droit, option: droit des affaires, faculté de droit, université MOULOUD MAMMERI de TIZI-OUZOU, 2007, P:140.

يظهر من خلال كلمة "يمكن" بان ممارسة هذا الحق اختياري بالنسبة للعامل إن شاء مارسه و إن شاء تنازل عنه.

اكتفى المشرع الجزائري بإدراج عبارة (العامل التابع للمؤسسة) ومن ثم لم يستثني النص القانوني مندوبي النقابة اذ يمكن للعامل الاستعانة بهم نظرا للحماية القانونية التي يتمتعون بها.¹

لكن يلاحظ اشتراط المشرع بموجب النص القانوني المذكور أن يكون المساعد الذي يختاره العامل من بين العمال التابعين للهيئة المستخدمة و بالتالي قد حرمه من اللجوء خارج إطار المؤسسة المستخدمة لاستعانة بشخص آخر يتمتع بمؤهلات أعلى أو تكوين أحسن في مجال تشريع العمل و هو ما يمثل تقييدا لحرية العامل ومساس بحقه في الدفاع²، و مما لاشك فيه ان اختيار مدافع خارج المؤسسة يوفر أكثر حماية للعامل لأن المساعد الذي يأتي من خارج الهيئة المستخدمة لا يكون تابع لصاحب العمل مما يوفر لهذا الأخير أكبر قدر من الحماية ومن جهة أخرى يجنب المساعد من جميع أنواع المضايقات التي لاشك أنه يتعرض لها لو كان عامل في نفس المؤسسة.³

كذلك تكمن نقطة الغموض في هذا الموضوع في دور هذا الشخص الذي يختاره العامل المعني بالإستماع بالنظر الى ورود كلمة "الاصطحاب" في النص القانوني ، هل يقصد به المشرع مجرد حضوره الجسدي إلى جانب العامل المسرح للرفع من معنوياته؟. لذلك كان على المشرع أن يستبدل كلمة "اصطحاب" بمصطلح "ليدافع" على اعتبار أن الغاية العملية من حضور هذا الشخص هو الدفاع عن العامل.

بالإضافة الى ذلك هل صاحب العمل ملزم بتبنيه العامل بهذا الحق قبل سماعه حتى لا يتذرع العامل بعدم معرفة هذا الحق و من ثم تمسكه أمام القضاء بخرق إجراء جوهرى من حقوق الدفاع؟، وهل يمكن أن يكون العامل الممثل من مؤسسة فرعية تابعة للمؤسسة الأم؟ .

1- أنظر: المادة 02 من قانون 90-14 مؤرخ في 2 جوان 1990 يتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 23 لسنة 1990.

2- بشير هادفي، الحماية الوظيفية و الإقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري، مرجع سابق، ص 129 .
3-NASRI HAFNAOUI, L'assistance du travailleur objet d'une procédure de licenciement, Revue EL Djeich du mois d'Avril, 1998 P:95.

كل هذه التساؤلات¹ تدل على حجم النقائص و الثغرات القانونية التي تحد من فعالية هذا الضمان وتحقيقه الغرض الذي قرر لأجله، لذلك لا بد تدخل المشرع من جديد لتنظيم هذه الحالة وسد هذه النقائص بغرض توسيع مجال الضمانات الممنوحة للعامل لحمايته من التسريح التعسفي او الغير مشروع، و تحقيق دفاعه على أكمل وجه إذ يعجز بمفرده عن الدفاع لأنه يفتقر لوسائل الاقناع و بالتالي يلجأ الى تكليف محام الى جانبه أو تعيين أي شخص آخر مؤهل أو الاستعانة بشهود.²

في هذا الاطار، جاء قانون الوظيفة العمومية الجديد³ أكثر وضوحا و مرونة من قانون علاقات العمل حيث اجاز للموظف اصطحاب مدافعا عنه من زملاءه الموظفين أو محامي معتمد قانونا لتولي مهمة الدفاع، و هو ما يفهم من عبارة "مدافع مخول" الواردة في النص، بل أن المشرع اجاز للموظف امكانية احضار شهود للاستعانة بهم في نفي وقائع الخطأ الجسيم المنسوبة اليه⁴.

ثالثا: التبليغ الكتابي لقرار التسريح الى العامل

لم يوضح المشرع الجزائري إذا كان قرار التسريح في حد ذاته لا بد أن يكون كتابيا، واكتفى بالزام الكتابة فيما يخص التبليغ فقط، لكن بمفهوم المادة 73 مكرر 4 التي تلغي قرار التسريح الصادر دون اتباع الاجراءات القانونية، يفهم منها وجوب اصدار صاحب

1-نادية حسان ،مرجع سابق،ص65و66.

2-على خلاف ذلك نجد ان المشرع الفرنسي تطرق فيما يخص هذا الاجراء لحق العامل في الاستعانة باي مساعد عند سماعه من صاحب العمل، لكن مع التمييز دائما بين الحالة التي يكون فيها هيئة تمثيل العمال داخل المؤسسة و الحالة التي لا يكون فيها، ففي الحالة الاولى يجوز للعامل أن يختار ما يشاء من بين العمال التابعين للمؤسسة، أما في الحالة الثانية فإنه بإمكان العامل موضوع إجراءات التسريح علاوة على العمال التابعين للمؤسسة بإمكانه الاستعانة بأي شخص خارج الهيئة المستخدمة على أن يكون من الأشخاص المحددين في قائمة يعدها محافظ المقاطعة بعد استشارة الهيئات النقابية و قد جاء القانون المؤرخ في 18/01/1998 لتحديد شروط تدخل هؤلاء المستشارين، دفع أجورهم و حماية حقوقهم.بن صاري ياسين،التسريح التأديبي للعامل في تشريع العمل الجزائري،مرجع سابق،ص87.

3-أنظر:المادة169من الأمر 06-03،مرجع سابق.

4-بشير هادفي،الحماية الوظيفية والإقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري ،مرجع سابق،ص130.

العمل لقرار التسريح كتابيا، ووجوب تبليغه للعامل كتابة أيضا¹ حتى يتمكن من ممارسة حقه في اللجوء الى القضاء.²

قيد المشرع حق التسريح التأديبي للعامل بسبب ارتكابه خطأ جسيما بضمانة هامة تتمثل في ضرورة تسبب اوتعليل القرار و ذلك بذكر الأخطاء المنسوبة للعامل، أي أسباب اتخاذ القرار في حقه، و يكتسي ذلك أهمية كبيرة لكونه يسمح بالتأكد من ملائمة العقوبة المتمثلة في التسريح للخطأ المرتكب³ ، الشيء الذي يضمن له محاكمة عادلة، حيث يطمئن العامل من أسباب ادانته و يتأكد من اوجه الاتهام التي تمت مواجهتها به و تحقيق دفاعه بما يحول دون انحراف او تعسف المستخدم في ممارسة سلطته التأديبية.⁴

تكمن أهمية هذا الاجراء كذلك في حالة قيام نزاع بحيث ان تسبب القرار يرسم حدود النزاع بحيث يسهل ويعفي القضاة خلال البحث عن السبب الحقيقي و الجدي للتسريح أي عند تقدير جسامة الخطأ من النظر في الأسباب الأخرى التي يتدرج بها صاحب العمل خلال قيام الدعوى في حين أنها غير واردة ضمن قرار التسريح.⁵

¹ - نادية حسان ، مرجع سابق، ص :64 و65.

² - من خلال التمكن في الاجراءات الشكلية الواجب اتباعها من صاحب العمل، يلاحظ ان المشرع لا يفرض على صاحب العمل تدوين المحادثات التي دارت بين الطرفين في محاضر رسمية تتضمن كل مادار في جلسة السماع، بل اكتفى فقط بالنص على ضرورة التبليغ الكتابي لقرار التسريح بمعنى انه لا يكفي مجرد التبليغ الشفهي الصادر عن صاحب العمل بمجرد الانتهاء من جلسة السماع أو محاولة الصلح كما اطلق عليها القانون الفرنسي ،لتمكن العامل من اللجوء الى الجهات الادارية و القضائية المختصة للطعن في قرار التسريح و الحصول على حقوقه، على اعتبار أن هذا الاجراء يترتب عليه بالضرورة تحديد آثار الانتهاء من حيث الحقوق العائدة للعامل و التي هي في ذمة صاحب العمل قبل تاريخ التوقيف، اضافة الى تاريخ بداية مهلة الاخطار المسبق حينما يكون التسريح تعسفيا . بشير هادفي، الحماية الوظيفية والإقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري، مرجع سابق، ص :131.

³ - مباركة بدري، ضمانة تسبب القرار التأديبي في مجال الوظيفة العامة، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثامن، الجزائر، أوت 2010، ص: 117-119.

⁴ - عبد اللطيف بن شديد الحربي، ضمانات التسبب في الوظيفة العامة، مطابع الدار الهندية، القاهرة، 2006، ص: 251.

⁵ - ياسين بن صاري، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري ، مرجع سابق، ص: 88.

وأغفل المشرع الجزائري النص على التفاصيل المتعلقة بطريقة تبليغ قرار التسريح التأديبي وشكله، و غيرها من الأمور الأخرى رغم أهميتها الخاصة بالنسبة للعامل ، و هذا الاغفال من شأنه اضعاف هذه الضمانات و الحد من فعاليتها في تحقيق دفاع كامل له¹.

الفرع الثاني: الإجراءات التكميلية الواردة في النظام الداخلي والإتفاقيات الجماعية

أولاً: دور النظام الداخلي في مجال تحديد الإجراءات التأديبية

من بين الصلاحيات المعترف بها من أغلب التشريعات العمالية لصاحب العمل سلطته التنظيمية حيث غالبا ما يلجأ رب العمل في شأن تنظيم العمل و الانضباط داخل المؤسسة الى الاستغناء عن الأوامر الفردية مستعملا أوامر عامة مجردة يضمنها بموجب النظام الداخلي مما يحقق له سهولة و إحكام في تنظيم علاقة العمل على اعتبار أن النظام الداخلي هو مصدر من المصادر المهنية لقانون العمل و هو الوثيقة التي تنظم الحياة المهنية داخل مكان العمل كلما تجاوز عدد العمال عشرين عاملا.

تنص المادة 77 من قانون 90-11 في فقرتها الثانية على ما يلي : "...يحدد النظام الداخلي في المجال التأديبي طبيعة الأخطاء المهنية و درجات العقوبات لها و اجراءات التنفيذ".

يظهر من هذا النص انه الى جانب صلاحية تحديد الأخطاء المهنية المقرر لصاحب العمل بواسطة النظام الداخلي سمح له المشرع بتنظيم اجراءات و قواعد توقيع الجزاء التأديبي و تضمينها فيه بحيث أنها جوازية و ليست الزامية الغرض منها تحقيق أكبر قدر من المصادقية للقرار التأديبي المزمع اصداره ضد العامل محل المتابعة التأديبية.

1- وجوب تضمين المستخدم للإجراءات المنصوص عليها في المادة 73 مكرر 2 :

¹ - ما تجدر الإشارة اليه أن القانون الفرنسي يلقي عبء تبليغ قرار التسريح من طرف صاحب العمل الى العامل عن طريق رسالة مضمنة مع اشعار باستلام و يعتبر تاريخ تقديم هذه الرسالة بمثابة نقطة الانطلاق في أجل التنبيه الذي بموجبه يمكن تحديد آثار قطع علاقة العمل، كما يشترط المشرع الفرنسي أن ينتظر صاحب العمل انقضاء يوم كامل من تاريخ استدعاء العامل للمحادثات لتبليغ هذا الأخير بقرار التسريح، و يسقط هذا الأخير في حالة انقضاء شهر كامل عن تاريخ المحادثات دون أن يقوم صاحب العمل باجراءات التبليغ. ياسين بن صاري، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري ، مرجع سابق، ص:88.

ان الاجراءات التي يتعين على الهيئة المستخدمة تنظيمها بصفة محكمة و دقيقة هي تلك المنصوص عليها في المادة 73 مكرر2 من القانون السالف ذكره،و المتمثلة كما سبق بيانه في:التبليغ الكتابي لقرار التسريح من طرف صاحب العمل ،سماع العامل المعني بالتسريح وإعلامه بإمكانية اختيار عامل تابع للهيئة المستخدمة ، فهذه الإجراءات أساسية جوهرية، متعلقة بالنظام العام ،وقانونية ملزمة حيث يجب على صاحب العمل ادراجها و تضمينها في النظام الداخلي.

2-امكانية تضمين المستخدم لاجراءات أخرى غير منصوص عليها في المادة 73 مكرر2 و طبيعتها

اضافة الى الاجراءات القانونية ، يمكن لصاحب العمل تضمين اجراءات أخرى بموجب النظام الداخلي سواء كانت سابقة أو لاحقة لقرار التسريح¹ ومثال ذلك: توقيف العامل من مزاوله مهامه تحفظيا،الطعن في قرار التسريح امام لجنة الطعن في المؤسسة وغيرها من الاجراءات الأخرى، التي من شأنها أن تشكل قيودا شكلية على ممارسة الدعوى التأديبية . وما تجدر الاشارة اليه ان القواعد التأديبية المنصوص عليها في النظام الداخلي و التي يدرجها صاحب العمل بصفة جوازية من غيرالاجراءات القانونية الملزمة، و إن كان وجودها بارادة و مبادرة من صاحب العمل إلا انه ملزم باحترامها متى أصبحت سارية المفعول شأنها في ذلك شأن الاجراءات التأديبية القانونية الواردة ضمن أحكام المادة 73 مكرر2. لكن الإشكال الذي يطرح نفسه هو:

مدى الزامية الإجراء المتعلق بتشكيل اللجنة التأديبية المتساوية الأعضاء واحالة أو مثول العامل المرتكب لخطأ مهني جسيم أمامها على صاحب العمل قبل اتخاذ قرار التسريح التأديبي على العامل في ظل قانون 11/90 المعدل و المتمم؟.

3-موقف المشرع الجزائري من الطبيعة القانونية للاجراء المتعلق بتشكيل اللجنة التأديبية و احالة او مثول العامل امامها قبل اتخاذ قرار التسريح التأديبي في حقه

1-عبد السلام ديب ، علاقة العمل في التشريع الجديد ،المجلة القضائية،عدد خاص طبع الديوان الوطني للاشغال التربوية، الجزائر، 1997، ص 37 .

بالرجوع الى قانون 90-11 و مختلف التعديلات المتعاقبة عليه، لا نجد أي نص قانوني يتطرق الى هذه اللجنة¹ سواء فيما يتعلق بتشكيلها أو وجوب احالة العامل المخالف اليها او وجوب أخذ المستخدم بالرأي المطابق لها، و أمام هذا الغموض لانعدام النص و على اعتبار ان التشريعات السابقة بما فيها النصوص القانونية التي كانت تتطرق اليها قد تم الغائها بموجب المادة 157 من قانون 90-11 ثارجدل حول هذه المسألة:

أ-الزامية تشكيل اللجنة التأديبية واحالة او مثول العامل امامها كضمانة هامة لمشروعية قرار التسريح التأديبي

باعتبار تمتع صاحب العمل بسلطة تأديبية لتحقيق مصلحة المشروع و حسن سيره، فان تحقيق هذا الغرض يفترض وجود جهاز يتمتع بسلطة تقريرية اتجاه قرار التسريح التأديبي بسبب الخطأ الجسيم،وتظهر وجوبية عرض العامل على مجلس التاديب من خلال الأحكام الواردة في قانون علاقات العمل وبالتحديد المادتين 64 و 77 من قانون 90-11 حيث طبقا للمادة 77 نلاحظ ضرورة أن يحدد النظام الداخلي للهيئة المستخدمة في المجال التأديبي، طبيعة الأخطاء المهنية و درجة العقوبات المطابقة واجراءات التنفيذ،وأیضا امكانية اتخاذ التوقيف التحفظي للعامل المعني الى غاية احالته الى المجلس التأديبي و هذا طبقا للمادة 64، كذلك يستفاد ضمنا من عبارة "الاستماع للعامل المعني" التي استخدمها المشرع ضمن نص المادة 73 مكرر²، ضرورة عرض العامل على اللجنة التأديبية².

¹-كما أشرنا سابقا فإن التشريعات السابقة المتعلقة بعلاقات العمل الفردية، نذكر على وجه الخصوص المادة 38 من الأمر 75-31 و كذلك المادة 77 من قانون 82-06 اضافة الى المرسوم 82-302 تضمنت بدقة و وضوح و تفصيل المجال التأديبي حيث نصت على وجوب تشكيل اللجان التأديبية المتساوية الأعضاء على مستوى الهيئة المستخدمة و احالة العامل عليها، كما اعتبرت أنه لا يمكن اقرار عقوبة التسريح التأديبي في حق العامل إلا بعد الأخذ بالرأي الموافق او المطابق لهذه اللجنة ، فقرارها ملزم على المستخدم عندما يتعلق الأمر بأشد و أخطر العقوبات التأديبية ألا و هي عقوبة التسريح التأديبي، و لاشك أن ذلك يعتبر ضمانة مهمة للعامل تقيه من خطر التسريح التعسفي.

1-بشيرهادفي، الحماية الوظيفية والاقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري، مرجع سابق، ص 114.

فهو التعبير الأصح الذي يتوافق مع أهمية هذا الاجراء المؤيد فقها و قضاء لكونه اجراء يجب احترامه لنزع الصفة التعسفية عن التسريح، من خلال الأخذ برأي المجلس من طرف صاحب العمل الموكول له اتخاذ قرار التسريح¹.

وفي هذا السياق لم ينص المشرع تفصيلا على الاجراءات الواجب اتباعها في عرض العامل على اللجنة التأديبية ،سواء من حيث كيفية الاستدعاء والآجال اللازمة للمثول أمامها، وترك هذه المهمة للنظام الداخلي لتحديدتها تبعا لاختلاف أنشطة المؤسسات وتنوعها وخصوصيتها، ويؤكد جماعية اتخاذ قرار التسريح التأديبي للعامل بسبب الخطأ الجسيم اجتهاد المحكمة العليا حيث جاء في احدي قراراتها: "...انه كان من الثابت قانونا أن احالة العامل امام اللجنة التأديبية امر حتمي، إذلا تملك المؤسسة حق تجاوزه بحجة وجود خطأ جسيم، لأنه بدون هذا الاجراء يكون رب العمل حرا في تقدير الحالة التي يرى انها تمثل خطأ جسيما..."²، كذلك في قرار آخر حيث جاء في احدي حيثياته "...من المقرر قانونا انه لا يمكن بأي حال من الأحوال ان يصدرأي اجراء بالفصل دون الرأي الموافق للجنة التأديبية المتساوية الأعضاء التابعة للمؤسسة المستخدمة..."³. و في اجتهاد آخر قررت ان الطرد بسبب الخطأ الجسيم الواقع دون احالة على اللجنة التأديبية يعتبر تعسفا، بل ويتخذ هذا الوصف إذا لم يسرح العامل المعني بطريقة قانونية و لم يؤخذ تظلمه بعين الاعتبار.⁴

وعليه فان تبني المشرع و من بعده فقه القضاء للإرادة الجماعية في اتخاذ قرار التسريح التأديبي بسبب الخطأ الجسيم ،لا يستنتج من الأحكام المنظمة لسلطة التأديب فحسب، بل وأيضا من تلك الأحكام الموجبة لانشاء هياكل و لجان الحوار داخل المؤسسة⁵ والتي من مهامها ارساء علاقات عمل قائمة على الحوار و التشاور والمشاركة في اتخاذ القرارات

2- حافظ لعموري، عقد الشغل من خلال تنقيح فيفري 1994، المجلة التونسية للقانون الاجتماعي الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة صفاقص، العدد السابع، تونس، 1995، ص13.

³ -ملف رقم 23775 قرار صادر في 11/05/1981، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 1989، ص 150.

4-ملف رقم 104342 قرار صادر في 8/12/1993 الصادر عن الغرفة الإجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.

5-ملف رقم 113332 قرار صادر في 20/06/1995، المجلة القضائية، العدد 54، الجزائر، 1999، ص85.

1- انظر: المادتين 91 و 94 من قانون 90-11، مرجع سابق.

المتعلقة بجميع المسائل المهنية والاقتصادية والاجتماعية و الصحية التي تهم العمال و تدخل في اطار العلاقات مع صاحب العمل.

ب-عدم الزامية تشكيل اللجنة التأديبية و احالة او مثل العامل امامها

ان الموقف الأول الذي يدافع الكثير من الباحثين و الذي ايدته الإجتهاادات السابقة للمحكمة العليا سرعان ما تراجعت عنه هذه الأخيرة في اجتهاد جديد لها سنة 2005 اقرت بموجبه بعدم الالزامية القانونية لاحالة العامل على لجنة التأديب الا اذا نص النظام الداخلي للمؤسسة على ذلك ومما جاء في احدى حيثيات هذا القرار¹: "...عن الوجه المأخوذ من مخالفة أو الخطأ في تطبيق القانون:

لكن حيث أن الحكم المطعون فيه لما ناقش الخطأ الجسيم المنسوب الى الطاعن و وقف على أنه ثابت بحكم جزائي نهائي و قضى بأن تسريحه غير تعسفي فإن الحكم المطعون فيه استبعد ضمنيا مناقشة الاجراءات التي تمسكت بها الطاعنة ذلك ان احالة العامل على لجنة التأديب لم تصبح الزامية بموجب القانون،وانما يجب ان يتضمنها النظام الداخلي للمؤسسة...".

لايمكن للمشرع من الناحية العملية التطرق لكل هذه التفاصيل المتعلقة بهيئة التأديب ومن المستحسن عدم تقييد حرية صاحب العمل في هذه المسألة، فبغير الاجراءات الواردة في القانون في المادة 73 مكرر 2 سواء ما تعلق منها بالاستماع و التبليغ، يمكن لصاحب العمل أن يدرج كل اجراء يراه مناسباً مثلاً:تحديد هيئة التأديب و احالة العامل المخطيء عليها، فله كامل الحرية في ذلك ، إن أراد انشأها بموجب النظام الداخلي و إن لم يرد ليس هناك ما يجبره قانوناً² ، فسكوت المشرع عن تحديد الهيئة المكلفة بالتأديب يعني أنها مخولة ضمناً للمستخدم الذي يمكنه تفويضها وفقاً للنظام الداخلي للهيئة المستخدمة للمجلس التأديبي³.

¹ -ملف رقم 299518 قرار مؤرخ في 11 / 5 / 2005، المجلة القضائية العدد الثاني، الجزائر، 2005، ص 241.

² -نادية حسان ،مرجع سابق، ص66.

³ -كما هو الحال في النظام الداخلي لمؤسسة نفضال ، الذي نظم بالفصل الرابع منه المجلس التأديبي القاعدي و المجلس التأديبي الأعلى للمؤسسة فجاء في المادة 93 منه، بالنص على تشكيلة و سير و صلاحيات المجلس التأديبي القاعدي و في المادة 94 منه على تشكيلة المجلس الأعلى ،سيره و صلاحياته.

انتقد هذا الإجتهد لعدة اسباب اهمها :

-ان موقف المحكمة العليا لم يتضمن النص القانوني الذي استند ايه في اقراره هذا المبدأ، فهو لم يستند مثلا الى تفسير مادة قانونية محددة، وهل الأمر يتعلق فقط بحالة ثبوت خطأ بحكم جزائي على اعتبار أنه في هذه الحالة لا أهمية ترجى من الاحالة على اللجنة التأديبية، أم أنه حكم عام ينصرف على الحالات الأخرى وهل يضمن للعامل عدم تعسف المستخدم في اجراء التسريح؟¹

-كما اعتبر الاجتهد الجديد للمحكمة العليا لا يستقيم مع ما ترمي اليه المادة 73 مكرر 2 من قانون 90-11 ، من حيث توسيع دائرة و مجال الضمانات التأديبية المقررة للعامل، والقول بخلاف ذلك يعدم الفائدة من النص على هذه الاجراءات في النظام الداخلي و من ثم المساس بحقوق الدفاع².

وباعتبار ان اتخاذ قرار الإنهاء الوظيفي او التسريح التأديبي بعد صدورحكم قضائي جزائي نهائي بالإدانة حائز على على حجية الشيء المقضي فيه يمثل في مفهوم تشريع العمل عقوبة تأديبية، الا انها في الأصل ممارسة لحق استثنائي في الإنهاء طالما انه لا مجال في حالات الإدانة مع التنفيذ او حالات التلبس من اتباع الإجراءات التأديبية الإلزامية باحالة العامل المعني على مجلس التأديب و الإستماع اليه و السماح له بالدفاع عن نفسه. لكن و من اجل توسيع و توفير اكثر للضمانات التي تكفل تحقيق الحماية و الإستقرار الوظيفي للعامل فانه في حالة الحكم الجزائي المسعف بوقف التنفيذ او حالة المخالفات من الدرجة الأولى لابد من احالة ملف العامل المعني على لجنة التأديب و الإستماع الى من ينوبه او يدافع عنه بل و الإستماع اليه شخصيا، و هو ما يستوجب ان تتضمنه الأنظمة الداخلية و الإتفاقيات الجماعية بالتنصيص .

2- سليمان أحمية، التنظيم القانوني لعلاقة العمل في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 359.

3- يعتبر الاجتهد القضائي الفرنسي أن استشارة هيئة مكلفة بموجب قاعدة تنظيمية أو اتفاقية لتقديم رأيها حول عقوبة تأديبية يعترم المستخدم اتخاذها يعتبر بمثابة ضمان لحماية حقوق العامل المصانة قانونا، و من ثم فإن أي عقوبة تصدرها الهيئة المستخدمة دون أخذ رأي المجلس التأديبي، يعتبر خرقا لاجراءات الاتفاقية اوالتنظيمية و من ثم يكون مجردا من سببه الحقيقي و الجدي و بالنتيجة تعسفي. بن صاري ياسين، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري ، مرجع سابق، ص 91.

بمعنى انه ليس كل خطأ جزائي يعفي من احالة ملف العامل الى لجنة التأديب ، فلا ينبغي التوسع في فهم مضمون الإجتهد الجديد بالشكل الذي ينعكس سلبا على حماية الحقوق المقررة للعامل ولا سيما ممارسة حقه في الدفاع، فهذا الإجتهد يطبق على مثل هذه الحالة فقط اي عندما يتعلق الأمر بالخطأ الجزائي الثابت بحكم نهائي، هنا على اعتبار انه لا غاية و لا اهمية ترجى من اللجوء او احالة الملف على مجلس التأديب لما للحكم الجزائي النهائي من حجية على صاحب العمل و ايضا القاضي الفاصل في دعوى التسريح التعسفي¹.

-كما انتقد موقف المشرع الذي لم يحدد الهيئة المختصة بالتأديب وكيفية تشكيلها و طبيعة القرارات الصادرة عنها خلافا للتشريع السابق، ذلك أن المسألة تقتضي وضع اطار عام للتأديب في جميع المؤسسات على ان يتكفل النظام الداخلي بابراز خصوصية كل مؤسسة في هذا المجال.²

ما يمكن استخلاصه أن وجود اللجنة التأديبية داخل المؤسسة يمثل ضمانا هامة للعامل بحيث يعتبر تقليص لسلطة صاحب العمل في اتخاذ قرار أحادي، انفرادي بالتسريح التأديبي للعامل بسبب الخطأ الجسيم، فهو ضمانا هاما من خطر التسريح التعسفي، بل ويساهم في تحقيق الاستقرار الوظيفي والسلم والأمن الإجتماعيين ليس للعامل فحسب، انطلاقا من ان العامل يمثل عضوا في جماعة العمل يساهم عن طريق ممثليه في تسيير المؤسسة والمحافظة على نظامها وامنها، ومن ثم يبعد بقدر كبير كل تكييف اعتباطي و تسلطي للأخطاء الجسيمة.

لكن اشكال آخر يبقى مطروح على مستوى الهيئات المستخدمة التي تشغل أقل من 20 عاملا و هي المؤسسات التي تخرج من دائرة المادة 75 من قانون 90-11 التي توجب على المستخدم أن يعد نظاما داخليا و أن يعرضه على أجهزة المشاركة او ممثلي العمال في حالة عدم وجود هذه الأخيرة لابداء الرأي فيه قبل تطبيقه، بمعنى المؤسسات التي ليس لها

1- بشير هادفي، الحماية الوظيفية و الإقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري، مرجع سابق، ص119.

2- محمد الصغير بعلي ، تشريع العمل في الجزائر، دار العلوم، عنابة، 2000، ص 41 و 42.

نظام داخلي؟، وبعبارة أخرى ما مدى امكانية والزامية تطبيق الإجراءات القانونية المنصوص عليها في المادة 73 مكرر 2 عليها، فهل هي معنية بها؟. وهل هذا معناه أن المشرع أطلق العنان للمستخدم قصد توقيع العقوبات التي يراها مناسبة للعمال المرتكبين للأخطاء المهنية حسب سلطته التقديرية أم ان المشرع قد قصد بذلك حرمان المستخدم في هذه المؤسسات من حقه في ممارسة السلطة التأديبية و هذا الطرح مستبعد على اعتبار ان ممارسة هذه السلطة لا يتعلق مطلقا بعدد المستخدمين بالمؤسسة؟

4- مدى امكانية تطبيق الإجراءات القانونية المنصوص عليها في المادة 73 مكرر 2 على مستوى الهيئات المستخدمة التي تشغل أقل من 20 عاملا:

امام سكوت المشرع الجزائري عن هذه المسألة ،اختلف موقف الباحثين حول تفسير مدى مدى امكانية تطبيق الإجراءات القانونية المنصوص عليها في المادة 73 مكرر 2 على مستوى هذه المؤسسات.

أ-عدم الزامية تطبيق الإجراءات القانونية المنصوص عليها في المادة 73 مكرر 2 على مستوى هذه المؤسسات و تاثير ذلك على دفاع و حماية حقوق و استقرار العامل الوظيفي.

-بخصوص المؤسسات التي تشغل اقل من 20 عامل و الغير ملزمة باعداد النظام الداخلي ، يؤدي ذلك الى ترك المستخدم يتصرف بحرية تامة في المجال التأديبي،حيث ان المشرع في اطار التعديلات الجديدة التي طرأت على تشريع العمل، لم يتناول مدى امكانية والزامية تطبيق الاجراءات القانونية المنصوص عليها في المادة 73مكرر 2 (السماع، التبليغ، الإصطحاب) بالنسبة لهذه المؤسسات¹.

والحل يكمن في هذه الحالة ، او هذه المؤسسات أن العامل الذي صدر قرار تسريحه تأديبيا لخطأ مهني ارتكبه، إذا رأى ظلم واجحاف في حقه وان القرار الصادر تعسفي،هنا يتوجه الى مفتشية العمل مباشرة للطعن في القرار عن طريق نظام المصالحة وفي حالة

¹ - سعيد طربيت، مرجع سابق، ص 52.

عدم الوصول الى حل قانوني يرضي العامل أي عدم المصالحة يمكنه اللجوء الى القضاء لرفع دعوى قضائية أمام الجهة المختصة على أساس المادة 73 مكرر 4 من القانون 11/90 المعدلة.

-ان هذا الإغفال ، معناه ترك الاختيار لهذه المؤسسة فيما يتعلق بتأديب العامل، إما باعداد نظام داخلي¹، أو عدم اعداده وهنا يتعين عليها الأخذ بالاجراءات الأساسية الجوهرية الوارد النص عليها ضمن أحكام قانون العمل المشار اليه سابقا، وبالخصوص الاجراءات التي نصت عليها المادة 73 مكرر 2 من قانون 90-11.²

-ان عمال هذه المؤسسات لا يتمتعون فيها بالحماية الاجرائية او القيود الاجرائية الازم اتباعها لصحة قرار التسريح التأديبي لان المؤسسة غير ملزمة بوضع النظام الداخلي³، ومن هنا تظهر اهمية النظام الداخلي في تحديد وتقليص سلطة صاحب العمل من جهة وحماية العامل من خلال الرقابة القضائية من جهة اخرى ، في حين انه عند انعدام النظام الداخلي فان العامل الذي يرتكب خطأ جسيما يسرح بدون احترام اي اجراء⁴.

ب-الزامية تطبيق الإجراءات القانونية المنصوص عليها في المادة 73 مكرر 2 على مستوى هذه المؤسسات توسيعا للضمانات المقررة لعمال هذه الأخيرة

-ان الاجراءات المنصوص عليها في المادة 73 مكرر 2 هي اجراءات جوهرية أساسية تمثل الحد الأدنى من الاجراءات الملزمة التي يتعين على صاحب العمل احترامها لزوما وان هذه الاجراءات تتبع و تدرج في النظام الداخلي بالنسبة للمؤسسات التي تشغل اكثر من 20 عامل اي الملزمة بوضع النظام الداخلي كما تتبع هذه الاجراءات ايضا لزوما في المؤسسات التي تستخدم اقل من 20 عامل ذلك انها غير ملزمة باكتساب قانون داخلي يتضمن اجراءات تأديبية تتعلق خصوصا بتسوية النزاع عن طريق اللجنة التأديبية.

¹-أنظر:المادة76 من قانون 11/90،مرجع سابق.

²-بشير هادفي ، الحماية الوظيفية والإقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري ، مرجع سابق، ص 129.

³-نادية حسان ، مرجع سابق، ص 70.

⁴ -NASRI HAFNAOUI, La formation et la cessation de la relation de travail en droit positif algérien, op.cit, p: 98.

كل ذلك تحت طائلة تطبيق العقوبات والجزاءات المنصوص عليها في المادة 73 مكرر 4 في قانون 11/90 المعدل والمتمم¹، فلا مجال للقول بحرية صاحب العمل في هذه الحالة².
- ان المشرع اغفل تنظيم هاته الحالة لغاية لا نعلمها وهو الاغفال التي تمخضت عنه نتيجة مفادها انه حتى بالنسبة للمؤسسات التي تشغله اقل من 20 عامل فانها ملزمة بتطبيق الحد الأدنى من الاجراءات القانونية الملزمة المنصوص عليها في المادة 73 مكرر 2 من قانون 90-11 فلا يثور اشكال حول هذا الاغفال فيما يخص عقوبة التسريح التأديبي المنظم قانونا موضوعا واجراءا بينما يستحيل توقيع جزاء تأديبي على العامل في حال غياب النظام الداخلي (بالنسبة للمؤسسات التي تشغل اقل من 20 عامل) من غير التسريح التأديبي المنظم قانونا³.

فهذه الحالة تعد ثغرة و فراغ قانوني مثله مثل كل الثغرات والفراغات الأخرى التي تخص تشريع العمل الجزائري.

وتفاديا لأي جذل يؤثر سلبا على حماية العامل، ونظرا لأهمية النظام الداخلي للمؤسسة من جهة، وأن السياسة الاقتصادية المتبناة في ظل العولمة تتجه نحو المؤسسات الصغيرة والمتوسطة حيث عادة ما يكون عدد عمال هذه المؤسسات محدود، من جهة أخرى، كان على المشرع الجزائري أن يحذو حذو المشرع المصري الذي جعل النظام الداخلي ملزما على كل صاحب عمل يشغل 5 عمال فأكثر⁴، ومن ثم تقليص عدد العمال الواجب توفرهم للزامية إعداد النظام الداخلي، بحيث كل مؤسسة تشغل 5 عمال فأكثر ملزمة بتضمين نظامها الداخلي الحد الأدنى من الاجراءات القانونية الملزمة المنصوص عليها في المادة 73 مكرر 2 من قانون 90 / 11 المعدل و المتمم ، وان تشمل الحماية الاجرائية كل العمال سواء في المؤسسات التي تشغل أقل من 05 عمال أو المؤسسات التي تشغل 5 عمال فأكثر، فالاجراءات المنصوص عليها في المادة 73 مكرر 2 قانونية، ولا يعذر بجهل القانون، و تطبق

¹ -مصطفى قويدري، عقد العمل بين النظرية والممارسة، مرجع سابق، ص 217.

2- YAKOUB ZINA, op.cit ,p:140.

3- عبد السلام ديب ، قانون العمل الجزائري و التحولات الاقتصادية ،مرجع سابق، ص433.

¹ -تنص المادة 59 فقرة أخيرة من القانون رقم 12 سنة 2003: "على صاحب العمل في حالة استخدام 5 عمال فأكثر أن يضع في مكان ظاهر لائحة تنظيم العمل و الجزاءات التأديبية."

على كل المؤسسات تحت طائلة تطبيق المادة 73 مكرر 4 من قانون 90-11 المعدل والمتمم (التسريح التعسفي وآثاره) .

ثانيا: الإتفاقيات الجماعية والإجراءات التأديبية

ان مضمون الاتفاقيات الجماعية¹ هو مناقشة شروط التشغيل و العمل فيما يخص فئة أو عدة فئات مهنية بين كل من الهيئة المستخدمة و ممثلي العمال، وعند التمعن أكثر في هذه الشروط نجد بأن اهتمامها ينصب حول معالجة ظروف، مقاييس العمل، الأجور، التعويضات و المكافآت... الخ، دون الاشارة الى مايفيد بأن الاتفاقية الجماعية يمكن أن تعالج موضوع الاجراءات التأديبية .

لكن بما ان نص المادة 120 من قانون 90-11 السابق الذكر يحمل نفس العبارة الواردة في نص المادة 73 من نفس القانون وهي عبارة "على الخصوص" والتي اعتبر بموجبها الاجتهاد القضائي بداية أن الخطأ الجسيم وارد على سبيل الحصر، و من ثم يطرح التساؤل التالي: هل يمكن القول أنه باستثناء شروط التشغيل و العمل من جهة، و الحالات

¹ -تنص المادة 120 من قانون 90-11 السابق الذكر:«تعالج الإتفاقيات الجماعية التي تبرم حسب الشروط التي يحددها هذا القانون ، شروط التشغيل و العمل و يمكنها ان تعالج خصوصا العناصر التالية :

- 1-التصنيف المهني،
- 2-مقاييس العمل، بما فيها ساعات العمل و توزيعها،
- 3-الأجور الأساسية الدنيا المطابقة،
- 4-التعويضات المرتبطة بالأقدمية و الساعات الإضافية و ظروف العمل، بما فيها تعويض المنطقة.
- 5-المكافآت المرتبطة بالإنتاجية و نتائج العمل،
- 6-كيفية مكافأة فئات العمال على المردود ،
- 7-تحديد النفقات المصروفية،
- 8-فترة التجريب و الإشعار المسبق،
- 9-مدة العمل الفعلي التي تضمن مناصب العمل ذات التبعات الصعبة او التي تتضمن فترات توقف عن النشاط،
- 10-التغيبات الخاصة،
- 11-اجراءات المصالحة في حالة وقوع نزاع جماعي في العمل،
- 12-الحد الأدنى من الخدمة في حالة الإضراب،
- 13-ممارسة الحق النقابي،...».

الواردة حصرا بموجب نص المادة 120 من القانون 11/90 فإنه لا يمكن للإتفاقيات الجماعية أن تتناول مجالات أخرى لا سيما ما يتعلق منها بالمجال التأديبي سواء من حيث الاجراءات الشكلية أو الشروط الموضوعية؟

ثار جدل حول هذه المسألة ،حيث يوجد اتجاهين:

1-الإتجاه الأول:عدم امكانية تناول الإتفاقيات الجماعية للإجراءات التأديبية

يرى بعض الباحثين الجزائريين أنه لايمكن للاتفاقيات الجماعية أن تتناول المجال التأديبي سواء من حيث الاجراءات التأديبية¹ اوالشروط الموضوعية للتسريح التأديبي (الخطأ الجسيم) وسندهم في ذلك ما يلي:

-ان عبارة "على الخصوص" الواردة في نص المادة 120 من القانون 90-11 السالف الذكر، تدل أن مضمون الاتفاقيات الجماعية محدد حصرا في القانون، ولا يمكن أن يتجاوز مناقشة شروط التشغيل أو العمل الى المجال التأديبي.

-كما ان مسألة تحديد طبيعة الأخطاء المهنية، العقوبات المطابقة لها، واجراءات التنفيذ²،المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 77 من القانون 90-11 حقا مخولا لصاحب العمل يمارسه بموجب النظام الداخلي، وعليه إذا سلمنا بإمكانية التنصيص على الاجراءات التأديبية بموجب الاتفاقيات الجماعية ، فذلك معناه سلب هذا الحق في هذه الحالة من صاحب العمل و أن عليه التفاوض مع العمال بشأنه، و هذا لا يمكن تصوره، ذلك أن صاحب العمل لا يعقل أن يتنازل عن الحق المخول له بموجب المادة 77 من القانون 90-11 و المتعلق بسلطة التنظيم و ضبط الاجراءات التأديبية ،و يقوم باجراء اتفاقية مع ممثلي العمال في هذا الاطار، و عليه لا يمكن تصور تناول الاتفاقيات الجماعية للإجراءات التأديبية.³

2-الإتجاه الثاني: امكانية تناول الإتفاقيات الجماعية للإجراءات التأديبية باعتبارها اهم

آلية لتحقيق أفضل الضمانات للعمال

1- ياسين بن صاري ، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري ،مرجع سابق،ص92.

2-يقصد باجراءات التنفيذ:"الإجراءات التأديبية".

1-ياسين بن صاري ، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري ،مرجع سابق،ص92.

ان الاتجاه الأول رفضه الكثير من الباحثين الجزائريين، حيث اعتبروا ان الاتفاقيات الجماعية يمكن ان نتناول موضوع الاجراءات التأديبية و سندهم في ذلك ما يلي:

-تعطي النصوص القانونية الحالية دور ايجابي للاتفاقيات الجماعية، ولا تقصدها من المجال التأديبي سواء ما تعلق بالإجراءات التأديبية أو الاجراءات الموضوعية، نذكر منها المادة 73 مكرر 4 الفقرة الأولى من القانون 11/90 السالف الذكر فانها تنص على أن :
"....التسريح الذي يتم مخالفة للإجراءات القانونية والاتفاقية الملزمة..."، وهنا يشيرالمشرع صراحة أو بمفهوم المخالفة على امكانية نص الاتفاقيات الجماعية على موضوع الاجراءات التأديبية، كذلك الشأن بالنسبة للمادة 21 من القانون 90-104¹ التي تنطرق بدورها الى العقوبات التأديبية المتخذة من طرف المستخدم ضد العامل دون تطبيق الاتفاقيات الاجبارية

فيظهر جليا من خلال هذه النصوص القانونية المذكورة أعلاه أنه يمكن التفاوض جماعيا حول اجراءات التسريح التأديبي والتي بعد أن تصبح سارية المفعول تكون ملزمة بالنسبة للهيئة المستخدمة، وينجم عن اغفال العمل بها أو خرقها اعتبار التسريح غير قانوني أو تعسفي ، وبالنتيجة تحمل جميع الآثار الناجمة عن ذلك.²

-كما ياكّد البعض امكانية تناول الاتفاقيات الجماعية لموضوع التسريح التأديبي، بل وفي هذه الحالة تاتي قبل القانون وتسموعليه، ويعتبر ذلك تقييدا لسلطات صاحب العمل و تعسفاته بما تتوصل اليه الاتفاقيات الجماعية من أحكام الزامية في هذا المجال تأخذ مرتبة القانون، وهو ما يسمى بالقاعدة التفاوضية (La Loi Negociée) كل ذلك من أجل تحقيق

2-تنص المادة 21 من قانون 90-04 مؤرخ في 6 فيفري 1990 يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، الجريدة الرسمية عدد 06 لسنة 1990 على ما يلي: «باستثناء الإختصاص الأصلي تبت المحاكم عند النظر في المسائل الإجتماعية ابتدائيا و نهائيا عندما تتعلق الدعوى أساسا ب:

-بالغاء العقوبات التأديبية التي قررها المستخدم ضدالمدعي دون تطبيق الإجراءات التأديبية و/أو الإتفاقيات الإجبارية.
-بتسليم شهادات العمل وكشوفات الرواتب او الوثائق الأخرى النصوص عليها قانونا لاثبات النشاط المهني للمدعي».

3-ياسين بن صاري ، المرجع نفسه ،ص93.

التوازن بين المصالح الاقتصادية و الاجتماعية من جهة ثم البقاء على نظام عام اجتماعي يحقق الاستقرار و هو أصلح للعامل.¹

-أكد الاجتهاد القضائي الجديد للمحكمة العليا الصادر في 15/12/2004 السابق الذكر ان عبارة "على الخصوص"، تفيد المثال لا الحصر، و من ثم فإن مضمون الاتفاقيات الجماعية التي نصت عليه المادة 120 جاء هو الأخر على سبيل المثال لا الحصر ، و عليه يمكن لهذه الأخيرة تناول مجالات أخرى و أهمها المجال التأديبي .

كما أن هذا القرار يشير في مضمونه الى الاعتراف الضمني بأفضلية التحديد الاتفاقي للأخطاء الجسيمة، والتفاوض حول موضوع الإجراءات التأديبية (إجراءات التسريح التأديبي)، دون أن يتجرأ على التصريح بذلك، وهو أمر مبرر لتفويض صلاحيات القضاء بتطبيق القانون فحسب، والاجتهاد في سبيل ذلك، دون أن يتعداه الى اقتراح التشريع، لذلك لا بد من تعديل النصوص القانونية بالشكل الذي يمنح أطراف الاتفاقيات الجماعية صراحة صلاحية تحديد الأخطاء الجسيمة و النص أيضا على الإجراءات التأديبية التي يتعين على المستخدم احترامها لصحة قرار التسريح الصادر عنه، و ذلك لما توفره هذه الآلية الاتفاقية من ضمانات بعدم التعسف في تكيف الأخطاء الجسيمة أو التعسف في تقرير إجراءات تأديبية في غير صالح العامل، نتيجة توازن القوى، و تساوي الأطراف بحكم القانون عند التفاوض الجماعي أو إبرام الاتفاقيات الجماعية في هذا الشأن، بخلاف لو ترك تحديدها للنظام الداخلي الذي لا يتمتع العمال بشانه إلا برأي استشاري لا يلزم الهيئة المستخدمة.²

فلكون الاتفاقيات الجماعية تقوم على مبدأ سلطان الإرادة فانها تعتبر مصدرا متميزا من مصادر قانون العمل بمشاركة الممثلين النقابيين في بلورة النصوص التشريعية التي تعتبر ملزمة وسارية المفعول بالنسبة للموقعين على الاتفاقية التي لها امكانيات ادخال أحكام و مبادئ و قواعد أكثر فائدة ومصالحة للعمال في نطاق علاقات العمل، خاصة في المجال التأديبي، عندما يتعلق الأمر بالتسريح التأديبي للعامل، سواء بتناول الإجراءات التأديبية أو

1- فطة نبالي معاشو ،مبدأ حرية العمل من خلال مبادئ منظمة العمل الدولية و القانون الداخلي،المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية الصادرة عن كلية الحقوق،جامعة تيزي وزو،العدد الثاني ،2008،ص59-62.

2- سليمان احمية ،التنظيم القانوني لعلاقة العمل في القانون الجزائري ،مرجع سابق،ص360.

الشروط الموضوعية للتسريح اي بتقييد سلطة صاحب العمل في هذا المجال، كل ذلك نظرا لاستقلاليتها عن السلطات الرسمية عند وضعها و تنفيذها¹.

المطلب الثاني: الضمانات الاحقة لقرار التسريح التأديبي

لقد خص المشرع الجزائري النزاع العمالي باحكام و اجراءات جعله يتميز عن المنازعة الادارية من جهة وعن الخصومة المدنية من جهة اخرى ، نظرا لما لهذا النزاع من خطورة واثار مختلفة على الصعيدين الاقتصادي و الاجتماعي ذلك ان صدور قرار التسريح التأديبي في حق العامل يمس في كل الاحوال بمركزه القانوني في الهيئة المستخدمة . يتجلى هذا التميز في سن آليات وطرق ودية لتسوية النزاع على المستوى الداخلي وعلى مستوى الأجهزة الادارية(الفرع الأول)، كما يتجلى من حيث الخصوصيات التي يتميز بها القضاء العمالي او الإجتماعي و طبيعة الرقابة التي يمارسها على القرارات التأديبية الصادرة عن اصحاب العمل حماية لحقوق العامل المسرح تأديبيا(الفرع الثاني) .

الفرع الأول : الضمانات الادارية

تشمل الضمانات الادارية المقررة للعامل، محاولة التسوية الودية الداخلية للنزاع على مستوى الهيئة المستخدمة وفق اليات معينة ، وفي حالة فشل هذه الاخيرة ، يلجا العامل الى مكاتب المصالحة ، وعليه سوف نقوم بتفصيل هذه الضمانات لما لها من اهمية خاصة في حماية مصلحة و حقوق العامل و تجنب وصول النزاع الى القضاء .

اولا : حق العامل في التسوية الداخلية للنزاع

يقصد بالتسوية الداخلية للنزاع محاولة طرفي النزاع او اتفاقهما على حل ودي داخلي للنزاع القائم بينهما دون وساطة خارجية² .

ووفقا للمادة 03 من قانون 90/04 المؤرخ في 06/02/1990 يمكن للمعاهدات و الاتفاقيات الجماعية للعمل ان تحدد الاجراءات الداخلية لمعالجة النزاعات الفردية في العمل

1- سعيد طريبت ،مرجع سابق،ص93.

1- مننري مسعود،التسريح الفردي في تشريع العمل الجزائري،مجلة العلوم القانونية،عددخاص،الجزائر، 2006،ص118.

داخل الهيئة المستخدمة" ،ويتم ذلك اما بتقرير انشاء اللجنة التأديبية او تكليف رب العمل بالقيام بالاجراءات الازمة ،و في حالة غياب هذه الاجراءات بالاتفاقيات الجماعيةاي حالة عدم تعرض هذه الأخيرة لها،تنص المادة 04 من نفس القانون انه على العامل ان يعرض الأمر على رئيسه المباشر الذي يكون ملزما بالاجابة خلال 8ايام وفي حالة عدم الرد اوعدم رضى العامل بمضمون الرد يرفع الامر الى الهيئة المكلفة بتسيير المستخدمين او المستخدم حسب الحالة ويستوجب على هذه الاخيرة الرد كتابيا على اسباب رفض كل اوجزء من الموضوع خلال 15يوم على الأكثر من تاريخ الاخطار،تلك هي اجراءات المعالجة الداخلية للنزاع داخل المؤسسة.

واذا كان اسلوب التظلم كثيرا ما يختصرالطريق في حل المنازعات الفردية ،لاسيما تلك التى تكون اسبابها بسيطة ،واثارها محدودة ، فانه في اغلب الأحيان يفشل في ذلك و حتى في حال نجاحه فان القرارات الصادرة عن الهيئات الداخلية استشارية وغير الزامية¹.
زيادة على ذلك فان عدم رفع التظلم الى صاحب العمل قبل اللجوء الى مفتش العمل لا يعتبر اجراء جوهريا لقبول الدعوى العمالية².

ثانيا : وجوب عرض النزاع على مستوى مكاتب المصالحة

بعد استنفاد اجراءات التسوية الداخلية للنزاع وفشل هذه الاخيرة في تحقيق اهدافها،يصبح الخلاف نزاعا بالمعنى القانوني³ وهذا طبقا للمادة الثانية من قانون 90-04 السابق الذكر والتي تنص انه : " يعد نزاعا فرديا في العمل بحكم هذا القانون، كل خلاف في العمل قائم بين عامل اجير ومستخدم بشأن تنفيذ علاقة العمل التي تربط الطرفين اذا لم يتم حله في اطار عمليات تسوية داخل الهيئات المستخدمة.

¹ - فطة نبالي معاشو ،ازالة التنظيم في قانون العمل و حماية العمال المسرحين لاسباب اقتصادية،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون،كلية الحقوق ،جامعة مولود معمري ،تيزي وزو، 2007-2008،ص:496.

3- ملف رقم 134407قرارمؤرخ في 1996/9/24،نشرةالقضاة،العدد54،الجزائر، 1999،ص:89 وملف رقم257733قرارمؤرخ في 2003/5/12،المجلة القضائية،العددالأول،الجزائر، 2004،ص:127.

³ -سليمان احمية ،التنظيم القانوني لعلاقة العمل في القانون الجزائري،مرجع سابق،ص365

ففي هذه الحالة يمكن للعامل إخطار مفتش العامل عملا بأحكام المادة 05 من القانون 04/90¹ وبعبارة أخرى فإنه بعد استنفاد إجراءات الوقاية من النزاعات أو التصفية الداخلية ، يدخل العامل في مرحلة المصالحة التي يتكفل بها مكتب المصالحة.

1-تعريف المصالحة:

يمكن تعريف المصالحة بأنها" اجراء وجوبي في مجال منازعات العمل الفردية تباشره مكاتب المصالحة بهدف التقريب او التوفيق بين الطرفين المتنازعين العامل و الادارة المستخدمة بقصد الوصول الى حل ودي للنزاع القائم " .

واذا وصفنا اجراء المصالحة على انه اجراء وجوبي فان الدعوى العمالية لا تقبل شكلا اذا لم يبادر العامل الى رفع عريضته او شكواه لمكتب المصالحة على مستوى دائرة الاختصاص اما اذا وصفنا المصالحة على انها اجراء وجوبي، فان ذلك له وثيق الصلة والعلاقة بفكرة النظام العام ،اذ يجوز للقاضي اثارته من تلقاء نفسه ،كما يجوز الدفع بها في اي مرحلة من مراحل سير الدعوى.²

يجد نظام المصالحة حاليا اساسه القانوني في المادة 19 من القانون 04/90 التي اوجبت أن يكون كل خلاف فردي خاص بالعمل موضوع محاولة للصلح أمام مكاتب

المصالحة قبل أي دعوى قضائية، فهي اجراء اجباري قبل المرور الى التسوية القضائية³. وقد قلل المشرع من أهمية اجراء المصالحة فجعله اختياريا في موضوعين اثنين و هما: أ-عندما يكون المدعى عليه خارج الوطن.

2-تنص المادة 5 من قانون 90-04 السابق الذكر: "بعد إستنفاد إجراءات المصالحة الداخلية لنزاعات العمل الفردية داخل الهيئة المستخدمة ، يمكن للعامل إخطار مفتش العمل وفقا للإجراءات المعمول بها التي يحددها القانون " .

3-عمار بوضياف، المصالحة في نزاعات العمل الفردية و دور مفتشية العمل،مجلة العلوم القانونية،عدد خاص، الجزائر، 2006،ص 82.

³-يعتبر الصلح في مجال منازعات العمل بالإجراء القديم ويجد اساسه القانوني في المادة الأولى من أمر 75-32 مؤرخ في 29أفريل 1975يتعلق بالعدالة في العمل، الجريدة الرسمية عدد39 لسنة 1975 والتي اقرت مبدا رفض الدعوى العمالية اذا ثبت اغفال اجراء المصالحة ،كما اكدت عليه المادة الثالثة من أمر 75-33 مؤرخ في 29أفريل 1975 يتعلق باختصاصات مفتشية العمل والشؤون الإجتماعية،الجريدة الرسمية عدد39 لسنة 1975.

ب- في حالة الافلاس و التسوية القضائية، وهذا طبقاً للفقرة 02 من المادة 19 واستثنى
المشروع من مجال المصالحة النزاعات الفردية التي تحدث على مستوى الهيئات الخاضعة
للقانون الأساسي للوظيفة العمومية لاعتبارات تتعلق بخصوصية هذا القطاع واعتباراً أن
منازعاته تعرض على القضاء الإداري¹.

2- أهمية و دور المصالحة في مجال التسريح التأديبي

تهدف المصالحة إلى التقليل و الوقاية من المنازعات العمالية و المحافظة على العلاقة
الودية التي تربط العامل بصاحب العمل حتى لا تتفاجأ إدارة العمل او المستخدم بمقاضاة
العامل لها، لذلك يتعين على هذا الأخير اللجوء أولاً لمكتب المصالحة بحثاً عن حل ودي
للنزاع.

لم يعترف المشروع بموجب القواعد الواردة في القانون 90-04 لمكتب المصالحة بأي
سلطة اتجاه الأطراف المتنازعة وهذا أمر طبيعي على اعتبار ان مكتب المصالحة لا يرقى إلا
أن يكون مجرد وسيط يسعى الى تقريب وجهة نظر أطراف النزاع، لكن رغم ذلك فإن وفق في
هذه المهمة وقرب وجهة نظر أطراف النزاع و ثبت الاتفاق في محضر رسمي فإن ذلك كفيلاً
بعدم الجدوى من عرض هذا النزاع على القضاء، وبالتالي فهذه الأساسيات التقليل من حدة
منازعات العمل الفردية من خلال محاولة الغاء وسحب او تغيير موقف صاحب العمل حول
قرار التسريح التأديبي المتخذ في حق العامل².

يظهر دور مكاتب المصالحة في تحقيق امن العامل و استقراره الوظيفي من خلال عدة
محاوٍر:

أ- من حيث تشكيلة مكتب المصالحة:

ما يعد ضماناً للعامل في هذه النقطة هو التشكيل الخاص لمكتب المصالحة اذ طبقاً
للقانون 90-04 السابق الذكر فإن مكاتب المصالحة عبارة عن لجان متساوية الأعضاء

2- مصطفى قويدري، عقد العمل بين النظرية و الممارسة، مرجع سابق، ص 38.

3- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 84 و 85.

تتشكل من ممثلين اثنين عن العمال و ممثلين اثنين عن صاحب العمل ، ويرأس المكتب بالتداول لمدة ستة أشهر عضو من العمال، ثم عضو من أصحاب العمل¹ .

ب- من حيث طبيعة القرارات الصادرة عنها:

ان جلسات المصالحة تنجر عنها احتمالان:

-إما نجاح المصالحة بين الطرفين، ويترتب عن ذلك تحرير محضر بالنقاط المتفق عليها، ما لم تتضمن شروط تتنافى والنصوص القانونية اوالتنظيمية السارية المفعول وهي ضمانات أخرى تضاف الى العامل الى جانب اضاء الطابع الرسمي على المحضر، بالنص على عدم جواز الطعن فيه إلا بالتزوير، واعتبار ماورد فيه حجة اثبات².

أما فيما يتعلق بتنفيذ اتفاقات الصلح، فإن الحل الناتج عن مكتب المصالحة باعتباره هيئة وساطة، وليس هيئة قضائية، فإنه يتوقف على اتفاق الطرفين بالتزام به وتنفيذه، او عدم الالتزام به.

لكن من أجل توفير حماية و ضمانات أكبر للعامل، و سعيا لتنفيذ اتفاقات الصلح³، قرر المشرع جملة من التدابير التي تكفل تنفيذ محضر المصالحة و ذلك بالنص على أن تنفيذه يكون اختياريا طبقا للمهلة المحددة بموجبه، فإن لم يتضمن المحضر ذلك، فيجب أن ينفذ خلال 30 يوما من تاريخ الاتفاق⁴.

فإذا لم ينفذ رب العمل الاتفاق الوارد بمحضر المصالحة خلال الآجال المشار إليها أعلاه، جاز للعامل أن يرفع دعواه أمام المحكمة الاجتماعية، وبعد استدعاء رب العمل نظاميا يأمر القاضي وفي أول جلسة بالتنفيذ المعجل بحكم القانون لمحضر المصالحة مع تحديد غرامة تهديدية لا تقل عن 25 % من الراتب الشهري الأدنى المضمون طبقا للتشريع

2- وطبقا للمادة 06 من القانون 90-04 السابق الذكر يتم اختيار الأعضاء عن طريق الاقتراع السري المباشر من قبل عمال المؤسسة الواقعة في دائرة الاختصاص الاقليمي للجهة القضائية المختصة، كما يتم تعيين الأعضاء المنتخبين بصفة رسمية، بأمر من رئيس المجلس القضائي المختص اقليميا، طبقا لنتائج الانتخابات وحسب الترتيب التنازلي لعدد الأصوات المحصل عليها لكل عضو وعضو مستخلف، وهذا لمدة 3 سنوات.

3- أنظر: المادة 32 من القانون 90-04، مرجع سابق.

1- مصطفى قويدري ، عقد العمل بين النظرية و الممارسة، مرجع سابق، ص39.

2- أنظر: المادة 33 من القانون 90-04، مرجع سابق.

المعمول به، وذلك بالرغم من ممارسة رب العمل لأي طريق من طرق الطعن¹ على أن لا يبدأ سريان هذه الغرامة إلا بعد نهاية المهلة المحددة للتنفيذ والتي لا تتجاوز 15 يوما، كما منح للعامل الحق في التنفيذ الفوري².

ويظهر أيضا اعتناء المشرع بمحضر المصالحة من خلال التشدد في تنظيمه³.

-إما فشل المصالحة، وذلك بعجز أعضاء مكتب المصالحة عن التوفيق بين الطرفين، و تعنت صاحب العمل في التمسك بقرار التسريح التأديبي للعامل و هو ما يحتم على مكتب المصالحة تحريم محضر عدم المصالحة طبقا لنص المادة 31 من القانون 90-04 السابق الذكر وهو ما يفتح المجال أمام العامل لممارسة حقه في اللجوء الى القضاء الذي يعد ضمانا أخرى تضاف إليه⁴.

3-أنظر: المادة 34 من القانون 90-04، مرجع سابق.

²-نصت المادة 508 من قانون 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008 على ما يلي:

"يجوز تقديم طلب التنفيذ الفوري الى رئيس القسم الاجتماعي في الحالتين الآتيتين:

-حالة الامتناع عن تنفيذ اتفاق المصالحة من قبل أحد الأطراف

-حالة الامتناع عن التنفيذ الكلي أو الجزئي للاتفاق الجماعي للعمل، يكون فيه ممثلو العمال طرفا، وواحد أو أكثر من أصحاب العمل".

⁵-نصت المادة 509 من قانون 08-09 السابق الذكر: "يأمر رئيس القسم الاجتماعي بالتنفيذ الفوري للأمر تحت غرامة تهديدية طبقا لما ينص عليه تشريع العمل".

⁴-هذا ما أكدته اجتهاد المحكمة العليا الذي جاء في حيثيات أحد قراراته ما يلي: "...حيث طالما ان الصلح وقع بين الطرفين أمام مكتب المصالحة و صدر بشأنه محضر مصالحة واجب التنفيذ خلال مدة 30 يوم على الأكثر طبقا لنص المادة 33 من نفس القانون، وفي حالة عدم تنفيذه من جهة طرف ما في حدود الفترة المحددة، فالقاضي الاجتماعي مختص بالزام المدعي عليه بالتنفيذ الفوري للمحضر تحت طائلة الغرامة التهديدية التي لا تقل عن نسبة 25 % من الأجر الشهري الأدنى المضمون و بالتالي كان على المطعون ضدها إن تراءى لها عدم تنفيذ محضر المصالحة، اتباع الاجراء المنصوص عليه بموجب المادة 34 من نفس القانون...". ملف رقم 305198 قرار مؤرخ في 2005/6/8، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2005، ص 245.

²- تتمثل الشروط الواجب توافرها في أعضاء مكاتب المصالحة في:

-الجنسية الجزائرية جاءت مطلقة دون تحديد أصلية أو مكتسبة.

-بلوغ سن 25 سنة يوم الانتخاب.

3-تقييم دور مكاتب المصالحة في تحقيق امن العامل وإستقراره الوظيفي

يرى الكثير من الباحثين و المهتمين بتشريعات للعمل عدم فعالية أو نجاح مكاتب المصالحة في تسوية المنازعات الفردية وضمان الحماية الفعالة للعامل و تحقيق استقراره الوظيفي من خلال اقناع صاحب العمل بالتراجع عن قرار التسريح التأديبي الصادر عنه. كما فشلت عموما في تقليص او التقليل من المنازعات العمالية أو في تخفيف عبء المنازعات على الجهات القضائية

أ-اسباب فشل مكاتب المصالحة في تحقيق امن العامل وإستقراره الوظيفي

-الدور السلبي لمكتب المصالحة بحكم تشكيلته

بالرجوع الى تشكيلة مكاتب المصالحة نلاحظ أن المشرع لم يضع أي شرط يتعلق بالمؤهل او الكفاءة مما فتح المجال واسعا لكل من تتوافر فيه الشروط العامة¹ أن يتقلد مقعدا في مكتب المصالحة، وعلى ذلك صارت مكاتب المصالحة طبقا للقانون 90-14 تشكل من أشخاص غير خبراء و لا عارفين بتشريع العمل و تنظيمه مما لا يسمح لهم باستنباط الحلول الموجودة فيه ، حيث أن تغليب المعيار السياسي و الذي يقصد به أن التشكيلة يتم اختيارها عن طريق الانتخاب دون صرف النظر لمعيار الكفاءة و المؤهل أمر أدى عمليا الى ضعف أداء و مردودية مكاتب المصالحة بحكم تشكيلتها او تركيبها البشري²،زيادة على غياب ثقافة الحوار في المجتمع وبصفة خاصة بين العامل و المستخدم.³

-التمتع بالحقوق المدنية و السياسية، وهذا طبقا للمواد من 5 الى 15من القانون90-04 السابق الذكر .

²-هذا خلافا لاجراء الصلح في المادة الادارية المنوط للقاضي،وهو شخص عارف بالتشريع و التنظيم متمكن وصاحب خبرة بما يؤهله من إدارة جلسة الصلح وتسييرها وصولا لحل المنازعة صلحا. عمار بوضياف،مرجع سابق،ص89 و90.

³-استنادا للاحصائيات التي أعدتها وزارة العمل أنه من جملة 37000 ألف نزاع فردي خلال سنة 1995 لم يتمكن مكاتب المصالحة من حل سوى 4000 نزاع منها، وهذا يعتبر عدد قليل جدا يرجع سببه لعدم نجاعة مكاتب المصالحة. سعيد طربيت،مرجع سابق،ص91.

-الدور السلبي لمكتب المصالحة بحكم تعنت صاحب العمل في الغاء قرار التسريح لاعادة ادماج العامل المسرح

ان آلية المصالحة التي اعتمدها المشرع الجزائري لحل النزاعات المتعلقة بتسريح العامل وديا على غرار بقية النزاعات المألوفة في مجال العمل ليست ناجعة في أغلب الحالات، رغم الصفة الالزامية لمحضر الصلح في حال اتفاق الطرفين، ذلك أن صاحب العمل نادرا ما يقبل اعادة ادماج العامل الذي سرحه بطريقة غير قانونية، ونجده على العكس يتعنت في ذلك، كما ان هذا الاتجاه التشريعي في عدم فرض قيود صارمة على آلية الصلح بصورة عامة، هدفه الحرص على اتاحة الفرصة لصاحب العمل للتفكير بعمق في قراره النهائي، و تجنب كل ما يؤدي الى تصلب موقفه في هذا الشأن. وعليه أثبتت مكاتب المصالحة عمليا محدوديتها في تحقيق الاتفاق على اعادة ادماج العامل في وظيفته وبالتالي حمايته من التسريح.¹

-الدور السلبي لمكتب المصالحة بحكم العلاقة التي تربطه بجهاز مفتشية العمل

انتقد موقف المشرع الجزائري الذي جعل من جهاز مفتشية العمل مجرد مكتب لتلقي الشكاوي وتدوينها في محاضرته احوالها على مكتب المصالحة، ومن ثم جعلها همزة وصل بين رافع الشكوى ومكتب المصالحة، وأبعد هذا الجهاز نهائيا أو جرده من كل دور فعال وايجابي في مجال منازعات العمل الفردية، رغم أن هذا الجهاز يحتوي على أشخاص من ذوي الكفاءة العالية والمؤهل المطلوب والخبرة الواسعة، والتمكن من تشريعات العمل وتنظيماته، فضلا عن الدورات التكوينية الكثيرة التي تلقاها هؤلاء مما زاد من درجة تمرسهم على معرفة تشريع العمل والتعمق فيه.²

³- بشير هادفي، الحماية الوظيفية و الإقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري، مرجع سابق، ص: 243 و 244.

1- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 87.

ب- طرق تفعيل دور مكاتب المصالحة في تحقيق امن العامل واستقراره الوظيفي

اختلف الباحثين الجزائريين في اقتراح البدائل المناسبة التي من شأنها تفعيل دور هذا الجهاز الاداري في تسوية المنازعات الفردية، وحماية العامل من التسريح التأديبي:

- ادخال تعديلات تشريعية تتضمن اسناد رئاسة مكاتب المصالحة لمفتش العمل المختص اقليميا انطلاقا من كفاءته القانونية في مجال تشريعات العمل وخبرته المنبثقة عن الممارسات اليومية لمهامه التنسيقية والرقابية واطلاعه على سجلات ووثائق المؤسسة مما يجعله اكثر قدرة على ادارة النزاع و الوصول الى حل توفيقي يؤدي الى اعادة ادماج العامل في وظيفته، موازاة مع رد الاعتبار له اداريا عن طريق المرسوم التنفيذي 05-05 لسنة 2005¹ وايضا المرسوم التنفيذي 06-05 لنفس السنة²، بل ولم يكتفي فقط هؤلاء بالمطالبة بتفعيل دور مفتشي العمل بل ايضا تكليفهم باعداد تقارير تتعلق بموضوع النزاع مع ابداء وجهة نظرهم فيه، هذا التقرير السنوي يودع مع محضر عدم المصالحة لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة ليشكل قاعدة ينطلق منها القاضي العمالي لحل النزاع المعروض عليه، كما يقترح تقرير الدور الدفاعي للعامل اثناء حضوره جلسات المصالحة من خلال السماح له بالإستعانة بشخص يختاره يتمتع بخبرة في مجال العمل المعني³.

- الأكثر من ذلك يطالب بعض الباحثين بالغاء مكاتب المصالحة لفشلها الذريع في القيام بالمهمة المسندة لها، و اعطاء دورها لمفتش العمل كما كان عليه الأمر سابقا، حيث حقق هذا الجهاز نجاحا كبيرا في تسوية النزاعات الفردية للخصائص السابقة التي تميزه، و عدم قصر دوره على تسوية المنازعات الجماعية فقط.⁴

2- مرسوم تنفيذي 05-05 مؤرخ في 26 جانفي 2005 يتضمن تنظيم المفتشية العامة للعمل وسيرها، الجريدة الرسمية عدد 4 لسنة 2005.

2- مرسوم التنفيذي 06-05 مؤرخ في 6 جانفي 2005 يتعلق بشروط الإلتحاق وتصنيف المناصب العليا، الجريدة الرسمية عدد 4 لسنة 2005.

3- بشير هادفي، الحماية الوظيفية والإقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري، مرجع سابق، ص 244.

2- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 90 و 91.

3- قانون 90 - 04، مرجع سابق.

الفرع الثاني: دور القضاء الإجماعي في حماية العامل المسرح تاديبيا

لا يلجأ الى التسوية القضائية لمنازعات العمل الفردية الا عند فشل الوسائل الودية من محاولة تسوية النزاع داخل الهيئة المستخدمة،وتسويته عن طريق المصالحة وهو الإجراء الذي تقضي به اغلب التشريعات المقارنة و كذا التشريع الجزائري .

لقد نص المشرع الجزائري على التسوية القضائية لمنازعة العمل الفردية في الفصل الثالث من الباب الخامس من القانون 90-104¹،و ذلك بالمواد 36 الى 39 ، اين فتح المجال للعامل قصد التظلم او الطعن في القرار التاديبى الصادر ضده امام الجهات القضائية المختصة و هي القضاء الإجماعي ، حتى يمكن للعامل ان يجبر الضرر من جراء التسريح غير القانوني او التعسفي² .

اكنت المحكمة العليا على حق العامل في اللجوء الى القضاء في قضية السيد (ع،ح) ضد وحدة ايكوتاك حيث لجأ المعني الى القضاء للمطالبة بحقوقه في مواجهة الشركة و رفضت دعواه ابتداء و استئنفا ، فوجد العامل نفسه دون حماية فرغ دعواه الى المحكمة العليا³.

يتسم القضاء الاجتماعي بجملة من الخصائص التي تميزه عن بقية الفروع الاخرى ، و ذلك بالنظر الى خصوصية المنازعة الاجتماعية من جهة ، ولإضافة حماية اكثر للعامل المسرح تاديبيا من جهة اخرى و عليه نحاول ابرازخصائص القضاء الاجتماعي التي من شأنها اضافة حماية اكبر للعامل اولا ثم ننتقل الى دراسة سلطة القاضي الاجتماعي في حماية العامل المسرح تاديبيا ثانيا.

⁴-قررت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1990/07/09 بأنه: " يمكن للعامل أن يمثل أمام العدالة إما من محامي أو من مدافع قضائي وإما من وكيل أو من مندوب نقابي ... "،المجلة القضائية،العدد الرابع،الجزائر، 1991،ص 199.

³-قررت المحكمة العليا ما يلي: "...ان الحق في الشكوى و الإحتكام الى القضاء هو حق من الحقوق العامة التي تقرر لكافة العمال ،ما لم يقتزن استعمال هذا الحق بقصد الإضرار و الكيد بحقوق الغير و من ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد منعدم الاساس القانوني ومخالفا لاحكام المادة الاولى من الامر المؤرخ في 1975/04/29 المتعلق بالعدالة في العمل ...". ، ملف رقم 28 15 31 قرار مؤرخ في 1984/06/18 عن المجلس الأعلى،المجلة القضائية،العدد الرابع،الجزائر، 1989 ، ص 192 – 194.

²-مصطفى قويدري،عقد العمل بين النظرية والممارسة،مرجع سابق،ص 43 .

أولا : المميزات الخاصة للمحكمة الاجتماعية في حماية العامل المسرح تاديبيا

1 - اتساع مجال اختصاص المحكمة الاجتماعية

أ- من حيث الإختصاص النوعي:

فيما يتعلق باختصاص القسم الاجتماعي للمحكمة او المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية فقد اعتبرت تشريعات العمل المقارنة بما فيها التشريع الجزائري ، قضاء العمل قضاء استثنائيا¹، يختص لوحده بالنظر في المنازعات الفردية التي تقوم بين العامل والمستخدم ، وكذا القضايا المرتبطة بتفسير الاتفاقات والاتفاقيات الجماعية².

ومن هنا اعتمد المشرع الجزائري في تحديد اختصاص الغرفة الاجتماعية بالمحكمة الابتدائية ، على التصنيف الموضوعي للقضايا المطروحة عليه .

حسن ما فعله المشرع في تحديد المواضيع للمحكمة الاجتماعية، حيث يعد هذا التحديد انارة لكل متقاضي عند توجيه دعواه، وبالتالي التسهيل على العامل معرفة الجهة القضائية المختصة عكس ما كان سابقا، اذ كان يصعب معرفة الجهة القضائية المختصة ، مما يجعل كل من يريد رفع دعوى قضائية العودة الى الاحكام او النصوص القانونية الخاصة بكل موضوع من المواضيع المذكورة اعلاه، ومع ذلك يصعب عليه معرفة الجهة المختصة نتيجة وجود فراغات قانونية بهذه النصوص الخاصة³.

3- تنص المادة 500 من قانون 08-09 السابق الذكر: " يختص القسم الاجتماعي اختصاصا مانعا في المواد الآتية :

- اثبات عقود العمل والتكوين و التمهيين .
- تنفيذ و تعليق و انتهاء عقود العمل و التكوين و التمهيين .
- منازعات انتخاب مندوبي العمال .
- المنازعات المتعلقة بممارسة الحق النقابي .
- المنازعات المتعلقة بممارسة حق الاضراب
- منازعات الضمان الاجتماعي و التقاعد.
- المنازعات المتعلقة بالاتفاقات و الاتفاقيات الجماعية للعمل".

¹- معاشو عمار، إختصاص المحكمة الاجتماعية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09) ، الملتقى الوطني الثاني حول " الظروف الإقتصادية للمؤسسة وأثارها على علاقات العمل في التشريع الجزائري "، جامعة جيجل، 2010، ص 05 و 06 .

ب- من حيث الإختصاص الإقليمي:

يتحدد الاختصاص المحلي بصفة تعدادية وفقا لما نصت عليه المادة 501 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹.

يلاحظ ان التعديلات التي ادخلت في مجال الاختصاص الاقليمي لفائدة العامل لان المشرع منح له عدة اختيارات عند رفع الدعوى .

وهذا شيء معقول، اذ يعد التعديل في صالح العامل و الطرف الضعيف ، فالمشرع اراد تخفيف العبء عليه، ثم ان الطرف الممتاز ماليا هو الذي ينتقل و ليس العكس².

ج- من حيث الإختصاص الإستعجالي

اصبح قاضي الإستعجال مقسم على مختلف أنواع القضايا ،التجارية والمدنية والعقارية والاجتماعية وشؤون الأسرة ،بعدها كان هذا الإختصاص حكرا على رئيس المحكمة. عاد لقاضي الموضوع اوالقاضي الإجتماعي الفصل ايضا في الإستعجال ،بان يامر باتخاذ كل الإجراءات المؤقتة اوالتحفظية الرامية الى وقف كل تصرف من شأنه ان يعرقل حرية العمل³.

هذا التعديل مهم جدا لان قاضي الموضوع اكثر دراية باصل النزاع ،و عليه عندما يطرح عليه امر استعجالي فانه الأقرب للموافقة على الطلب او الرفض⁴.

2- خصوصية تشكيلة المحكمة الاجتماعية:

²-حيث تنص المادة 501على ما يلي: يؤول الاختصاص الاقليمي الى المحكمة التي يتم في دائرة اختصاصها ابرام عقد العمل او تنفيذها والتي يوجد بها موطن المدعى عليه غير انه في حالة انتهاء وتعليق علاقة العمل بسبب حادث عمل او مرض مهني ، يؤول الاختصاص الى المحكمة التي يوجد بها موطن المدعي"

²-بالمقارنة مع المادة 08 الفقرة 17 من قانون الإجراءات المدنية قبل تعديله نجدها نصت على أنه : (ترفع الطلبات في المنازعات التي تقوم بين صاحب العمل وصاحب الأجر إذا كان العمل حاصلًا في مؤسسة ثابتة ، أمام محكمة المكان الواقع في دائرة إختصاص تلك المؤسسة ، وإذا كان العمل غير حاصل في مؤسسة ثابتة ، فيعود الإختصاص لمحكمة المكان الذي أبرم فيه العقد ، كما يمكن أن ترفع الدعوى لدى المحكمة التي تقع في محل إقامة المدعي ، عندما يترتب تعليق أو إنقطاع علاقة العمل عن حادث أو مرض مهني).

³-أنظر: المواد 507-509 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،مرجع سابق.

⁴-عمار معاشو،مرجع سابق،ص 07.

تتعدّد جلسات المحكمة الإجتماعية برئاسة قاض يعاونه مساعدين من العمال و مساعدين من اصحاب العمل كقاعدة عامة، واستثناء من القاعدة العامة يجوز عقد الجلسة بحضور مساعد من العمال و مساعد من اصحاب العمل على الاقل، وفي حالة غياب المساعدين من العمال اوالمساعدين من المستخدمين او كافة المساعدين، يتم تعويضهم بالمساعدين الإحتياطيين، واذا تعذر ذلك يتم تعويضهم حسب الحالة بقاضي او بقاضيين يعينهما رئيس المحكمة، وللمساعدين من العمال واصحاب العمل صوت تداولي وفي حالة تساوي الاصوات يرجح صوت الرئيس اي القاضي، فيلاحظ فيما يخص تشكيلة القسم الاجتماعي ان التمثيل اصبح ثلاثيا بعد ما كان ثنائيا يضم فقط اضافة الى القاضي مساعدين من العمال في ظل الامر 75-32 السابق الذكر¹.

وهو نفس ما نصت عليه المادة 502 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية بنصها على: "يشكل القسم الاجتماعي تحت طائلة البطلان، من قاضي رئيسا و مساعدين طبقا لما ينص عليه تشريع العمل"².

¹ - وهذه التشكيلة مرتبطة بالنظام العام حيث لايجوز ان تتعدّد الجلسة بحضور القاضي و مساعد واحد فقط ، والا تعرض الحكم الى النقض لمخالفته واغفاله قاعدة جوهرية في الاجراءات و اذا تعذر حضور المساعد الى الجلسة يتم تعويضه بقاضي بامر من رئيس المحكمة اما اذا تعذر حضور المساعدين يتم تعويضهما بقاضيين ولا يجوز ان تتعدّد الجلسة برئاسة قاضي و مساعدة قاضي اخر، والا اعتبر الحكم باطلا وجاز الطعن فيه، كما يتعين الاشارة في ديباجة الحكم الصادر عن القسم الاجتماعي الى اسماء المساعدين مع تعيين الجهة التي يمثلونها، والا كان الحكم عرضة للطعن لكون هذه القواعد هي الاخرى من النظام العام. بن عزوز بن صابر، الاجراءات المتبعة أمام القسم الاجتماعي في ظل قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجديد، مجلة الدراسات القانونية، العدد السابع، الجزائر، ماي 2010، ص 70-71 .

² - وعليه فقد احوالتنا الى تشريع العمل المعمول به، لتحديد عدد المساعدين المشكلين للقسم الاجتماعي، اي نفس النظام الساري بموجب قانون 04/90 السابق الذكر، بينما تشكل الغرفة الاجتماعية من قضاة فقط بالنسبة للمجالس القضائية والمحكمة العليا. مصطفى قويدري، عقد العمل بين النظرية والممارسة، مرجع سابق، ص 42 .

² - وهو ما اكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 10/03/1998 والذي جاء فيه: "...من المقرر قانونا ان تتعدّد جلسات المحكمة للنظر في المسائل الاجتماعية برئاسة قاض يعاونه مساعدان من العمال و مساعدان من المستخدمين. ولما ثبت في قضية الحال - ان قضاة الموضوع لما اشاروا الى اسماء المساعدين فقط دون ذكر الهيئة التي يمثلونها ، اي هيئة العمال ، و هيئة ارباب العمل في تشكيل المحكمة يكونون بذلك قد عرضوا حكمهم للنقض..."، ملف رقم 977015 قرار المؤرخ في 10/03/1998 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1998 ، ص: 76.

و يحق للعامل عندما يلاحظ عدم مطابقة التشكيلة للقانون ان يرفع دعوى للمطالبة ببطلان الحكم الصادر عن المحكمة عملا بنص القانون، لكون هذه التشكيلة من النظام العام¹.

وللتأكيد ان القضاء يضمن حماية للعامل هوان المادة الثامنة من قانون 04/90 السابق الذكر في فقرتها الأخيرة تجعل صوت ممثلي العمال والمستخدمين تداولي بعد ان كان مجرد صوت استشاري فقط، وفي حالة تساوي الاصوات يرجح صوت رئيس المحكمة.

3- خصوصية الاجراءات المتبعة امام المحكمة الاجتماعية:

تنص المادة 503 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية: " ترفع الدعوى امام القسم الاجتماعي بعريضة افتتاح الدعوى طبقا للقواعد المقررة قانونا"
تطرق المشرع الجزائري في ظل قانون الاجراءات المدنية و الادارية الى اجرائين شكليين يجب احترامهما عند رفع الدعوى العمالية امام القسم الاجتماعي، يتعلق الاول باحترام اجال رفع الدعوى، والثاني بوجود ارفاق العريضة بمحضر عدم الصلح.

أ- وجوب احترام اجال رفع الدعوى

أتى قانون الاجراءات المدنية و الادارية بقاعدة جديدة لم تكن من قبل²، وتتمثل في ضرورة رفع الدعوى أمام القسم الاجتماعي في أجل لا يتجاوز 6 أشهر من تاريخ تسليم

1- لم يطرق قانون الاجراءات المدنية القديم ولا القانون 04/90 الساري المفعول الى الاجال الواجب احترامها لرفع الدعوى الاجتماعية أمام القسم الاجتماعي، و في غياب الأحكام المنظمة لهذه المسألة، كانت تطبق الآجال المنصوص عليها في القانون المدني المتعلقة بالتقادم، بحيث تدخل حقوق العمال ضمن القواعد العامة لتقادم الحق المذكورة في القانون المدني، إذ يتقادم الالتزام بانقضاء 15 سنة، و في ماعدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون ، و في ماعدا الاستثناءات التالية:

- يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد و لو أقر به المدين أجرة المباني، والديون المتأخرة و المرتبات و الأجور والمعاشات . وبسنة واحدة المبالغ المستحقة للعمال و الاجراء مقابل عملهم متى كانت هذه الحقوق غير دورية. أنظر المواد: 308 و 309 و 312 الفقرة 2 من أمر 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل و متمم، الجريدة الرسمية عدد 78 لسنة 1975.

²- معاشو عمار ، مرجع سابق ، ص 07 .

محضر عدم الصلح و ذلك تحت طائلة سقوط الحق في رفع الدعوى¹، بمعنى أنه تعتبر آجال رفع الدعوى من النظام العام يترتب على عدم احترامه سقوط هذا الحق و بالتالي رفض الدعوى شكلاً².

ب-وجوب ارفاق العريضة بمحضر عدم الصلح:

تنص المادة 36 من القانون 90-04 السابق الذكر على أنه: " في حالة عدم المصالحة يرفع الطرف الذي له مصلحة دعوى أمام المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية".
ومن هنا فإن قبول الدعوى متوقف على اجراء المصالحة، و هو ما اكدته المادة 37 من القانون السابق الذكر، حيث أوجبت ارفاق العريضة الموجهة الى المحكمة بنسخة من محضر عدم الصلح الصادر عن مكتب المصالحة، إذ لا تقبل الدعوى شكلاً إلا إذا كانت العريضة الافتتاحية مرفقة بمحضر عدم الصلح المحرر من مكتب المصالحة، أما محضر الصلح فإنه لا يحل محل محضر عدم المصالحة في قبول الدعوى المرفوعة أمام قاضي الموضوع³.

³-أنظر: المادة 504 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

³-في هذا الإطار جاء قرار للحكمة العليا كما يلي: "...عن الوجه المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الاجراءات المادتين 36،37 من قانون 90-04 حيث من الثابت أن رفع الدعوى أمام القضاء يكون بموجب عريضة افتتاحية مصحوبة بمحضر عدم المصالحة وفقاً لما نصت عليه المادة 37 من القانون 90-04.... و قاضي الموضوع لما قبل الدعوى شكلاً مستندا على محضر الصلح الذي لا يمكنه أن يحل محل محضر عدم المصالحة، يكون بذلك قد خالف قاعدة جوهرية في الاجراءات من النظام العام، و مخالفتها يعرض ما قضى به للنقض و الابطال... "، ملف رقم 305198، قرار مؤرخ في 08/ 06/ 2005، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2005، ص 245.

²-تنص المادة الاولى من أمر 71-57 مؤرخ في 05 أوت 1971 يتعلق بالمساعدة القضائية، الجريدة الرسمية عدد 67 لسنة 1971: "يمكن منح المساعدة القضائية في اية حال لكل شخص و كل مؤسسة ذات مصلحة عامة و كل جمعية تتابع عملاً اسعافياً، اذا تبين ان هذه الشخصيات و المؤسسات و الجمعيات يستحيل عليها ممارسة حقوقها امام القضاء اما طالبين او مطلوبين....".

وتنص المادة 25 من قانون 90-04 السابق الذكر: «فضلاً عن الأحكام النصوص عليها بموجب الأمر رقم 71-57 المؤرخ في 14 جمادى الثانية عام 1391 الموافق 5 غشت سنة 1971 المتعلق بالمساعدة القضائية، تمنح الإستفادة منها بكامل الحقوق لكل عامل و متدرب يقل مرتبه عن ضعف الجر الأدنى المضمون».

وما تجدر الإشارة إليه ان المشرع الجزائري مكن العامل من الحصول على المساعدة القضائية¹، وهو ما يمثل ضمانا و امتياز اضافي ممنوح للعامل.

4- من حيث ميزة الإستعجال في النظر و الفصل :

في الحقيقة فإن الدعاوى العمالية بالنظر الى موضوعها فإنه لا يمكن الفصل فيها دون مساس بالموضوع، الشيء الذي يجعل النزاع جدي وبالتالي فإنه يخرج عن اختصاص قاضي الاستعجال وإذا كان المشرع قد أخضع المنازعات العمالية للقضاء العادي نظرا للطابع المميز لها، فإن حرصا منه على ضمان التسوية السريعة لها، فقد خصها باجراءات تشبه الى حد ما اجراءات القضاء المستعجل من حيث السرعة في الفصل، مما يؤدي الى استقرار أوضاع العامل، وبالتالي يشكل ضمانا هاما له، يضاف الى قائمة الضمانات السابقة، ويتجلى ذلك فيما يلي:

أ- سرعة الفصل في النزاع:

حددت المادة 38 من القانون 90-04 آجال للحكم في القضايا المتعلقة بمنازعات العمل، إذ يتم تحديد الجلسة الأولى للنظر في المنازعة في مدة لا تتجاوز 15 يوما التي تلي تاريخ توجيه العريضة الافتتاحية للدعوى، كما أوجبت ان يصدر الحكم في أقرب الآجال، وهو الأمر الذي أكدته المادة 505 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.²

ب- امكانية اصدار القاضي الإجتماعي لامر بالتنفيذ الفوري:

ادرج قانون الاجراءات المدنية والادارية اختصاص جديد للقاضي الاجتماعي يتمثل في جواز تقديم العامل أو رب العمل طلب للتنفيذ الفوري وهذا طبقا للمادة 508 من قانون 08-09 السابقة الذكر.

²-تنص المادة 505 من قانون 08-09 السابق الذكر: «تحدد أول جلسة في أجل أقصاه خمسة عشر يوما من تاريخ رفع الدعوى، يجب على القاضي أن يفصل فيها في أقرب الآجل»، وهو ما كان ينادي به الكثير من المتخصصين في المجال الاجتماعي.»

يأمر رئيس القسم الاجتماعي بالتنفيذ الفوري للأمر تحت طائلة غرامة تهديدية طبقا للمادة 509 من قانون 08-09 السابقة الذكر¹.

ج-اشتمال بعض الأحكام على صفة النفاذ المعجل بقوة القانون

وهي تلك المنصوص عليها بالمادة 22 من القانون 90-04 لاسيما تلك المتعلقة بدفع الرواتب والتعويضات المتعلقة بستة أشهر، وكذا المتعلقة بتطبيق وتفسير كل اتفاق مبرم في إطار الاجراءات الخاصة بالمصالحة ، مع امكانية الامر بالنفاذ المعجل القضائي، وبدون كفالة فيما بعد ستة اشهر وهي مسالة جوازية يترك تقديرها للقاضي تبعا لظروف الحال وظروف العامل والهيئة المستخدمة على حد سواء.

5-الميزة الإبتدائية والنهائية لاحكام المحكمة الإجتماعية:

نظرا لخطورة الجزاء التأديبي على السيرة المهنية للعامل، فقد احاطه المشرع بضمانة اخرى تتجلى في وصف الحكم الناطق بالغاء العقوبات التأديبية، بنصه في المادة 21 من القانون 90/04 السابق الذكرعلى ما يلي : "باستثناء الاختصاص المحلي ،تبت المحاكم عند النظر في المسائل الاجتماعية ابتداءيا ونهائيا عندما تتعلق الدعوى اساسا ب:
-بالغاء العقوبات التأديبية التي قررها المستخدم ضد المدعي دون تطبيق الاجراءات التأديبية و/او الاتفاقيات الاجبارية ... "

فطبقا لقانون 90-04 ،اذا دار النزاع حول تكليف الخطأ المهني وطرق اثباته فان الحكم الصادر يكون قابلا للاستئناف بخلاف اذا دار النزاع حول عدم اتخاذ او عدم شرعية الاجراءات التأديبية كما بيناه سابقا فانه يصدر الحكم ابتدائي ونهائي².

لكن خص المشرع الجزائري عقوبة التسريح التأديبي بنص المادة 73مكرر 4 من قانون 90-11 المعدل والمتمم والتي اعتبرت الحكم الصادر في هذا المجال قابلا للطعن بالنقض.

¹-ويرى البعض أن المشرع أصاب في هذه النقطة، لأنه في السابق عندما لا يلتزم احد الاطراف في تنفيذ المصالحة اوالاتفاق الجماعي كان يعرض النزاع على قاضي الموضوع فقط ،وبعد صدورالحكم الاجتماعي والتبليغ، يجوزاستئناف الحكم، مما يجعل المدة تطول عكس ما هو الان، يفصل بامر استعجالي وحتى ولو تم الإستئناف لا يوقف التنفيذ.عمار معاشو ، مرجع سابق ، ص06 و07.

²-نقلا عن :عبد السلام ديب ، علاقة العمل في التشريع الجديد ، مرجع سابق ، ص 40 و 41 .

وعليه قررت المحكمة العليا ان كل الاحكام التي تصدر في الدعاوى المؤسسة على الطابع التعسفي للتسريح او المتخذ مخالفة للإجراءات التأديبية القانونية او الإتفاقية الملزمة تصدر ابتدائية ونهائية ولو فصلت تلك الاحكام بمشروعية التسريح سواء تعلق الامر بمنازعة تصنيف الخطأ واثباته او بالاجراءات التأديبية المتبعة وهذا تماشيا مع نص المادة 73 مكرر 4 من القانون السابق الذكر¹.

فالأحكام الصادرة في مثل هذه القضايا غير قابلة للإستئناف بحكم القانون ومن ثم فهي تنفذ بمجرد تبليغها الى المؤسسة المستخدمة المعنية و هم ما يشكل توسيعا للضمانات

المقررة للعامل².

ولا يكفي لكي يصدر القسم الاجتماعي حكما ابتدائيا ونهائيا ان يتعلق الموضوع بخرق المستخدم الاجراءات التأديبية، اذ لابد ان تنحصر الدعوى المقامة من العامل في طلبها الاصيلي على الغاء العقوبة التأديبية (التسريح التأديبي التعسفي المتخذ دون احترام الاجراءات التأديبية)³، اما اذا كان هذا الطلب المتعلق بالغاء العقوبة التأديبية المتخذة خرقا للاجراءات

¹ -وعليه ارتأى المشرع ان يصدر الحكم ابتدائيا ونهائيا خروجاً عن القواعد العامة في التقاضي على درجتين بغية الاسراع بالبت في قضايا التسريح التعسفي لما تشكله هذه الأخيرة من خطر على استقرار العامل الوظيفي وامنه، كما ان الحكمة من ذلك ان مثل هذه القضايا لا تحتل التأخير نظرا لجسامة واهمية الاضرار التي تلحق العامل من جرائمها. منتري مسعود ، مرجع سابق ، ص 121.

1-وهوما ذهبت اليه المحكمة العليا في كثير من قراراتها نذكر منها قرارها الصادر في 24/01/1995 الذي جاء فيه: "...من المقرر قانونا ان المحكمة الفاصلة في المواد الاجتماعية تفصل بحكم ابتدائي و نهائي في ما يتعلق موضوع التسريح بالغاء العقوبات التأديبية قررها المستخدم دون تطبيق الاجراءات التأديبية و/ الإتفاقية الاجبارية، و لما كان ثابتا في قضية الحال ان موضوع التسريح يتعلق بالغاء العقوبات التأديبية، فان قضاة المجلس بقبولهم الإستئناف قد خرقوا القانون... "، ملف رقم 116049 قرار مؤرخ في 24/01/1995، المجلة القضائية، منازعات العمل والأمراض المهنية، الجزء الثاني، الجزائر، 1997، ص 193.

كما قضت في قرار اخر لها بانه: "... طبقا لنص المادة 73 / 4 من قانون 90 - 11 فان الطرد التعسفي او الذي اتخذ مخالفة لاجراءات التأديبية فانه يثبت بحكم ابتدائي ونهائي ومن ثم لا يجوز استئنافه... "، ملف رقم 66 41 15 قرار مؤرخ في 14 /10/ 1997 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ، المجلة القضائية ، العدد 55 ، الجزائر، 1999، ص 184 .

2- بن عزوز بن صابر ، الإجراءات المتبعة أمام القسم الإجتماعي ، مرجع سابق ، ص 76 .

³ -نقلا عن: ديب عبد السلام ، علاقة العمل في التشريع الجديد ، مرجع سابق ، ص 18 .

التأديبية غير اصلي كأن يكون طلب اضافي او فرعي مثلا فان المحكمة في هذه الحالة ستصدر حكما ابتدائيا قابلا للاستئناف امام المجلس القضائي وهو ما ذهبت اليه المحكمة العليا في عدة قرارات لها¹.

وعليه بمفهوم المخالفة للمادة 23 اذا كان الطلب الاصلي متعلق بالغاء العقوبة التأديبية المتخذة خرقا للاجراءات التأديبية بينما الطلب الاضافي او الفرعي متعلق بالمطالبة باحد الحقوق الاخرى المترتبة عن علاقة العمل كالأجر مثلا فانه في هذه الحالة يكون الحكم ابتدائيا ونهائيا كليا بالنسبة للطلب الاصلي و الفرعي ، عملا دائما باحكام المادة 23 من القانون 90 - 04.²

ثانيا : سلطة القاضي الاجتماعي في ممارسة الرقابة على التسريح التأديبي

يقوم القضاء بمراقبة مدى تقيد صاحب العمل بالاجراءات التأديبية الالزامية السابق دراستها ، والتحقق من مدى ملائمة عقوبة العزل او التسريح التأديبي مع الخطأ المرتكب من العامل.

1- الرقابة القضائية على الشروط الشكلية للتسريح التأديبي :

تنصب الرقابة القضائية على الشروط الشكلية للتسريح التأديبي رقابة القضاء على سلطة توقيع الجزاء، وعلى ضمان احترام حقوق الدفاع من قبل المستخدم ، وكذا رقابة مدى تطبيق مبدأ عدم الجمع بين الجزاءات او العقوبات التأديبية، واخيرا مدى مراعاة القيد الزمني لتوقيع الجزاء التأديبي .

أ- رقابة القضاء على سلطة توقيع الجزاء :

لم يبين قانون 90-11 الهيئة المخولة بتوقيع او اصدار عقوبة التسريح التأديبي بنص صريح، لكن بالرجوع الى المادة 73 مكرر 2 بعد تعديل 91 - 29 التي نصت على الاجراءات التأديبية الالزامية، نستخلص ان التسريح التأديبي كأصل عام لم يعد كما كان عليه

⁴-تنص المادة 23 من القانون 90-04 السابق الذكر: " تلحق الطلبات المقابلة في مجال الطعون بالطلب الأصلي الذي تبني عليه ، يحدد الطلب الأصلي إختصاص المحكمة ابتدائيا ونهائيا " .

من قبل يخضع للرأي المطابق للجنة التأديبية المتساوية الاعضاء، وانما اصبح من صلاحيات المستخدم الذي يملك سلطة إصدار القرار¹ ويمكنه ان يفوض هذ السلطة الى احد المسؤولين في الهيئة المستخدمة².

فبعدها كان فقه القضاء يسعى الى التاكيد على جماعية اتخاذ قرار التسريح التأديبي بسبب الخطأ الجسيم ويراقب مدى احترام المستخدم لاجراء احالة العامل على لجنة التاديب واخذ المستخدم بالرأي المطابق لها في قراره، فان التغيير الجديد الذي اقره اجتهاد الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا في 2005، كما سبق وان اشرنا اليه، اعتبر ان احالة العامل الى لجنة التاديب لم تعد الزامية بموجب القانون الا اذا ورد النص عليها بموجب النظام الداخلي للهيئة المستخدمة، وعليه فان القاضي الإجتماعي وفق هذا الإجتهد الجديد يقوم برقابة النظام الداخلي للهيئة المستخدمة من حيث تضمنه احالة العامل الى لجنة التاديب او عدم تضمنه لهذا الاجراء، فمتى تبين له النص على وجوبية هذا الاجراء بموجب النظام الداخلي، فانه يراقب مدى تقيد والتزام المستخدم به، فان ثبت له مخالفته، فانه يملك سلطة الغاء قرار التسريح لعدم مراعاة الاجراءات التأديبية وفقا لنص المادة 73 مكرر 4 من القانون 90 - 11 المعدل والمتمم.

وهذا الاجتهاد كما سبق الاشارة اليه، لا يستقيم مع ما يرمي اليه نص المادة 73 مكرر 2 من القانون 90 - 11 السابقة الذكر، من حيث توسيع مجال الضمانات التأديبية المقررة للعامل على اعتبار ان وجود اللجنة التأديبية داخل المؤسسة، يمثل في حد ذاته تقليصا لسلطة صاحب العمل في اتخاذ قرار انفرادي بتسريح العامل تاديبيا بسبب الخطأ الجسيم، ويبعد بقدر كبير كل تكييف اعتباطي او تعسفي او تسلطي من صاحب العمل للاخطاء الجسمية³.

1- عمارة نعرورة، الجديد في العلاقات العمل الفردية، مرجع سابق، ص 218.

2- كما هو الحال في النظام الداخلي لمركب الجرارات و المحركات بقسنطينة اذ نص في المادة 57 منه " تخول سلطة اتخاذ القرار في المجال التأديبي الى المدير العام و الذي يفوضها وفق النظام الداخلي الى المسؤول المباشر للهيئة السلمية للعامل الذي يقوم بانهاء عمل المعنى فيما يخص الاخطاء من الدرجة الاولى و الثانية و المدراء الفرعيون فيما يخص الاخطاء من الدرجة الثالثة".

1- بشير هادفي، الحماية الوظيفية والإقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري، مرجع سابق، ص 115.

ب- الرقابة القضائية على ضمان حق الدفاع :

إن مخالفة أحكام الحماية الاجرائية التي اقرها المشرع بشأن متابعة العامل بسبب الخطأ الجسيم، والتي تبدأ باعلامه بالتهمة المنسوبة له و استماع المستخدم اليه، وتمكينه من الدفاع عن نفسه، وحقه في الاستفادة من عامل يساعده، مع تبليغه بقرار التسريح الصادر ضده كتابيا، يهدر الغاية من وضع هذه القاعدة الامرة، والتي تستهدف احترام حقوق الدفاع، ومن ثم يستوجب بطلان الجزاء التأديبي¹.

ولذلك تمتد رقابة القضاء في هذا الصدد الى مدى احترام صاحب العمل لحقوق الدفاع ، فقد اقر فقه القضاء في احدى اجتهاداته الحديثة² بان الاجراءات المنصوص عليها ضمن احكام المادة 73 مكرر 2 من قانون علاقات العمل من النظام العام .

وعلى هذا الاساس فان الاهمية التي اولاهها المشرع للجانب الاجرائي ، يفتح المجال لتحقيق نوع من الفعالية للرقابة القضائية في هذا الاطار، حيث يمكن للمحاكم التصريح ببطلان قرار التسريح التأديبي ، حتى ولو ثبت ارتكاب العامل لخطأ جسيم ، وفي ذلك تعزيز للحماية المقررة للعامل .

كذلك يتولى القضاء مراقبة مدى احترام المستخدم لالتزامه بتسبب القرار أي ذكر الخطأ المنسوب للعامل في قرار تسريحه والذي يعد ضمانا هامة له من خطر التسريح التعسفي، ويسمح للقضاء ايضا كما سنرى لاحقا برقابة ملائمة العقوبة المجسدة في الطرد للخطأ المرتكب وعلى اعتبار ان اطلاع القاضي على الوقائع يسهل مهمته في مراقبة صحتها³.

ج - رقابة القضاء على مبدأ عدم الجمع بين الجزاءات التأديبية :

2- همام محمد محمود ، مرجع سابق ، ص 351 .

1- انظر : ملف رقم 213831 ، قرار مؤرخ في 21 / 3 / 2001 صادر عن الغرفة الإجتماعية للمحكمة العليا ، المجلة القضائية ، عدد خاص، الجزائر، 2002 ، ص 184.

² - وهو ما اكده الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا حيث جاء في حيثياته أحد قراراتها : "... ان خلو قرار التسريح من الخطأ المنسوب للعامل يجعل التسريح تعسفي ... "، ملف رقم 23658 قرار مؤرخ في 16/12/1993 عن الغرفة الإجتماعية للمحكمة العليا ، قرار غير منشور .

لا يجوز توقيع أكثر من جزاء على المخالفة الواحدة بحيث يسود مبدأ عدم جواز الجمع بين عقوبتين عن فعل واحد ، هذا المبدأ تقتضيه العدالة وأصبح من بين المبادئ المستقر عليها في القضاء الاجتماعي.

في هذا الصدد، قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21/11/1987 بان نفس السلوك الخاطيء لا يمكن أن يرتب مجموعة من العقوبات تبعا لمبدأ عدم الجمع¹، كما استقر على ذلك اجتهاد المحكمة العليا، اذا قضت في قرارها المؤرخ في 29/1/1992² بأنه "... من المستقر عليه قضاء أنه لا يجوز التصريح بعقوبتين لنفس الأسباب ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الجوهرية لاجراءات".

هذا التعدد ان كان غير جائز لمخالفته المبادئ العامة القانونية، فليس ثمة ما يمنع من ذلك عندما يجيزه المشرع صراحة ، مثلما يجمع بين التسريح التأديبي و الحرمان من مهلة الاخطار والتعويضات او العلاوات كما سماها بنص المادة 73 من القانون 90-11 المعدل و المتمم.

وحظر تعدد الجزاء التأديبي عن المخالفة الواحدة ، لا يمنع الجمع بين العقوبة التأديبية والتعويض المدني لاختلافهما في الطبيعة، فاذا غاب العامل عن العمل ووقع عليه الجزاء التأديبي وحرم في ذات الوقت من اجر الغيابات الغيرمبررة فهذا لا يعد جمعا لعقوبتين اذ ان العامل لا يستحق اجرا عن عمل غير مؤدى طبقا للمادتين 53 و 80 من القانون 90-11 المعدل والمتمم لكون الاجر يكون دائما مقابل العمل³.

وعليه فلا يجوز اتخاذ قرار التسريح التأديبي بناء على خطأ سبق و ان عوقب العامل من اجله، اذ ان هذا الفعل يفقد التسريح سنده، فلا يمكن اثاره خطأ العامل السابق الا على سبيل الاستدلال⁴.

3- DENIS GATUMEL, DENISE DIMONT , Le droit du travail en France , 2^{eme} editions , Francis Lefèvre , 1991 , P: 70 .

²- ملف رقم 84 804 قرار مؤرخ في 29/01/1992 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، الجزائر ، 1993 ، ص 83 .

³- مسعود منتري ، مرجع سابق ، ص 121 .

⁴ - TEYSSIE BERNARD ,Droit du travail , Volume 1,2^{eme} editions ,Litée 1993 , P 408 .

د- رقابة القضاء على مراعاة القيد الزمني لتوقيع الجزاء التأديبي :

إن سلطة صاحب العمل في اتهام العامل من حيث الزمن ليست مطلقة ، حتى لا يتفاجأ العامل بتوجيه تهمة إليه بعد فوات مدة طويلة من ارتكابه للخطأ المهني، مما قد يعجز معه العامل عن اثبات براءته¹ .

وبالرجوع الى قانون 90-11 نجد انه لم ينص على مدة تقادم حق توقيع الجزاء التأديبي وهذا امر طبيعي، ما دام انه احال بموجب المادة 77 من قانون 90-11 تنظيم هذه المسائل والاجراءات التأديبية الغير منصوص عليها قانونا في المادة 73 مكرر الى المستخدم عن طريق النظام الداخلي .

ولقد أكد القضاء على وجوب تحديد مدة قصوى لمثول العامل امام المجلس التأديبي في حالة وجوده واستماع المستخدم للعامل واتخاذ عقوبة تأديبية في حقه².

ان جسامة و خطورة خطأ العامل ، او جديته كما يطلق عليه في التشريع الفرنسي، يستلزم ان تتجه نية صاحب العمل في تسريح العامل منذ صدور الخطأ و العلم به في أجل معقول، وهو ما من شأنه الحفاظ على الاستقرار الوظيفي للعامل والمحافظة على حسن سير المؤسسة، وهذا الاجل لم يحدده المشرع صراحة ضمن قانون 90-11 المشار اليه ، لكن الظاهر من أحكامه لاسيما المادة 73 مكرر 2 انها تلزم صاحب العامل القيام باجراءات التسريح المتعلقة بمتابعة العامل بسبب الخطأ الجسيم و ذلك ضمن أجال قصيرة³.

¹- نصت المادة 64 من مرسوم 82 - 302 الملغى والسابق الذكر على أنه: " لا يمكن ان تسلط العقوبة التأديبية على العامل بعد مرور اكثر من 3 اشهر على معاينة الخطأ المرتكب."

²- حيث جاء في احدي حيثيات قراره " ...من المقرر قانونا ان العقوبة التأديبية تسقط بالتقادم في اجل تسعين يوما من اثبات المخالفة...ولما كان ثابتا في قضية الحال ان قضاة الاستئناف صرحوا بصحة الفصل عن العمل المنطوق به بعد 6 اشهر ونصف من اثبات المخالفة و بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون... ". ملف رقم 49106 ، قرار صادر في 1989/3/6 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا،المجلة القضائية،العدد الأول، الجزائر، 1991 ، ص 105 . كما جاء في قرار آخر: "... لا يمكن تسليط العقوبة التأديبية على العامل بعد مرور أكثر من 3 اشهر من معاينة الخطأ المرتكب..."² . ملف رقم 109688،قرار مؤرخ في12/4/1994 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا،المجلة القضائية،العدد الثاني،الجزائر، 1994 ، ص 130 .

³- بشير هادفي،الحماية الوظيفية و الإقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري ،مرجع سابق،ص63.

2- رقابة القضاء لموضوعية التسريح التأديبي للعامل

تنصب رقابة القضاء في هذا الصدد على التناسب بين الخطأ المرتكب والجزاء التأديبي.

ان هذه الرقابة تختلف بحسب ما اذا كانت الأخطاء الجسيمة مذكوره على سبيل الحصر، أو على سبيل المثال،¹ وبحسب ما اذا راعى المستخدم عند تقديره مدى جسامة الخطأ المرتكب من العامل المعايير او القيود الواجب احترامها المنصوص عليها في المادة 73 مكرر 1.

فالقاضي غير مقيد بالوصف او التكييف الذي يعطيه المتعاقدان للخطأ، بل يمارس رقابة على هذا التكييف، فيتحقق من مراعاة المستخدم للشروط الموضوعية و الشكلية لتوقيع العقوبة التأديبية ، ثم يقدر مدى تناسب هذه العقوبة مع الخطأ المرتكب من العامل ، ليتبين له في الاخير مدى تعسف صاحب العمل في اصداره لهذه العقوبة من عدمه وبعبارة اخرى مدى تجاوز أو انحراف صاحب العمل في ممارسة سلطته التأديبية.

فالوقائع التي يقدمها صاحب العمل ان كانت تمثل في بعض الحالات سببا موجبا للطرد، إلا انها لا تلزم القاضي، ولا تمنعه من التحقق من شرعيتها، وينطلق اساس هذه السلطة من الالتزام القانوني الذي حمله المشرع لصاحب العمل بموجب المادة 73 مكرر 1 من قانون علاقات العمل ، من حيث ضرورة مراعاته عند تحديد الخطأ الجسيم، الظروف التي ارتكب فيها الخطأ، ودرجة خطورته، والاضرار اللاحقة بالمؤسسة، والسيرة المهنية للعامل حتى تاريخ ارتكاب الخطأ الجسيم ، فهي أكبر ضمانة ممنوحة للعامل في هذا المجال ، مع الاشارة أنه لا يملك صاحب العمل توقيع عقوبة التسريح التأديبي في حق العامل في حالة عدم النص على الخطأ في النظام الداخلي أو في حالة غياب هذه الوثيقة أصلا من المؤسسة رغم أنه ملزم قانونا باعداده طالما أنه يشغل أكثر من 20 عاملا .

1- كما سبق وأن تناولنا ه سابقا ، فانه يوجد جدل فقهي وقضائي بشأن تفسير المادة 73 من القانون 90 - 11 المعدلة والمتممة ، يرجع في ذلك ص: 48-55.

وتتعرّض هذه السلطة التقديرية أكثر في حالة غياب النظام الداخلي بالنسبة للمؤسسات التي تشغل أقل من 20 عاملاً، وذلك دائماً باعمال المعايير المنصوص عليها في المادة 73 مكرر 1.

لذلك فإقرار المحكمة العليا لمبدأ تقدير تتناسب العقوبة مع الخطأ المرتكب هدفه الحد من السلطة التقديرية لصاحب العمل، مما يعتبر عنصر ضمان في مجال التسريح التأديبي، وحماية العامل من التسريح التعسفي، إذ يظل قاضي الموضوع هو الضامن الاساسي لحقوق العامل خاصة في ظل وجود المجلس التأديبي في حالة اقراره بموجب النظام الداخلي ، فرقابة قاضي الموضوع الى جانب وجود مجلس تأديبي يدعو الى حتمية اقامة التوازن بين طرفي علاقة العمل.¹

والخطأ هو في حقيقة الامر مفهوم قضائي² ، بمعنى أن للقاضي وحده صلاحية تقدير ما اذا كانت الافعال المنسوبة للعامل تؤدي الى تسريحه تأديبياً، أو تدخل ضمن الاخطاء التي تحرمه من حقوقه الواردة في قانون العمل³ ، وقد قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 1976/5/2 على أخذها بهذا المبدأ.⁴

وأصل مبدأ تتناسب الخطأ مع العقوبة التأديبية يرجع الى مجلس الدولة الفرنسي و ذلك في قضية "LEBON"⁵ .

1- بن سالم فاخر ، المراقبة القضائية لعمليات الطرد كوسيلة لحماية التشغيل، المجلة التونسية للقانون الاجتماعي ، العدد الثاني، تونس، 1987، ص 11 .

2-NICOLA CATALA, L'entreprise, DALOZ, Paris, TOME4, 1980 ,P:565.

3- بشير هادفي ، الحماية الوظيفية والإقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري، مرجع سابق ، ص 118
4-ومما جاء في حيثياته " ... من أن الواقعة المنسوبة اليه كانت تنطوي على إهمال من جانبه يدخل في اطار المخالفة الادارية الا أنها لا تصل في جسامتها الى درجة توقيع عقوبة الفصل من الخدمة ، وان الشركة الطاعنة بتوقيع جزاء لا يتناسب مع المخالفة تسعت في استعمال هذا الحق... " ، عصمت الهواري ، قضاء النقض في منازعات العمل والتأمينات الاجتماعية ، الجزء الثاني ، مطابع روزاليوسف ، القاهرة ، دون سنة نشر ، ص 98 و 99 .

5-والتي تتلخص وقائعها في ان أحد المدرسين في أكاديمية تولوز وجه اليه اتهام بقيامه بتوجيه اشارات وحركات غير مؤدبة الى فتيات صفه وقد خلص مجلس الدولة الى أن هذا الفعل يشكل خطأ يبرر توقيع عقوبة العزل عليه. عادل الطببائي ، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية ، مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة الكويت ، العدد الثالث ، السنة السادسة ، سبتمبر 1982، ص 93 .

وعليه يمارس القضاء المختص عملية الرقابة على الدعاوى المرفوعة اليه ،سواء رقابة المشروعية من حيث التحقق من توافر ضوابط ممارسة السلطة التأديبية اي ضوابط توقيع عقوبة التسريح التأديبي سواء الضابط الشكلي و ايضا الضابط الموضوعي،ورقابة الملائمة،من حيث التناسب بين الخطأ المرتكب و العقوبة الموقعة على العامل.

المبحث الثاني: الحماية المقررة للعامل في مجال التسريح التأديبي التعسفي

ليس كل تسريح تأديبي تعسفي ،بل في كثير من الأحيان يكون صاحب العمل عن يقين وتثبت على العامل ارتكابه الخطأ المهني الجسيم ، وبالتالي يفصل العامل من منصبه بصفة قانونية ومشروعة .

لكن في الحالات التي يثبت فيها الطابع التعسفي للتسريح ،نجد ان المشرع حدد هذه الحالات بقرينة قانونية بسيطة قابلة لاثبات العكس ،اما من صاحب العمل وكذا من العامل او القاضي بما له من سلطة تفحص وتقدير الأدلة لتكوين اقتناعه.(المطلب الأول).
ان ممارسة القاضي الإجتماعي للرقابة على قرار التسريح التأديبي الصادر في حق العامل يؤدي حتما الى تقرير مجموعة من الآثار او الجزاءات القانونية متى ثبت له تعسف المستخدم في اتخاذه(المطلب الثاني).

المطلب الأول:المقصود بالتسريح التأديبي التعسفي

بالرجوع الى المادتين 73مكرر 3 و73 مكرر 4¹ نلاحظ ان المشرع الجزائري لم يورد المقصود بالتسريح التأديبي التعسفي ، بل ترك هذه المهمة للفقهاء و القضاء².

¹ -تنص المادة 73 مكرر 3 بموجب المادة الثالثة من قانون 91-29 السابق الذكر :«كل تسريح فردي ،يتم خرقا لاحكام هذا القانون ، يعتبر تعسفيا و على المستخدم ان يثبت العكس».

ان تحديد المقصود بالتسريح التأديبي التعسفي يستلزم تحديد حالات التسريح التعسفي(الفرع الأول)، كما يستدعي بيان الطرف الذي يقع عليه عبء اثبات التسريح التعسفي(الفرع الثاني) .

الفرع الأول: حالات التسريح التأديبي التعسفي

تنص المادة 73 مكرر 4 المدرجة بالمادة الثالثة من القانون 91-29 السابق الذكر على أنه: "إذا حدث تسريح العامل خرقا لاحكام المادة 73 أعلاه يعتبر تعسفيا ".
يمكن استخلاص حالات التسريح التعسفي من خلال نص هذه المادة و اعتمادا على الاجتهاد القضائي في هذا المجال.

أولا- الحالة الأولى:

عدم مراعاة صاحب العمل ظروف ارتكاب العامل الخطأ وفقا لما نصت عليه المادة 73 مكرر 1 من قانون 90 - 11 السابق الذكر .

وتنص المادة 73 مكرر 4 المعدلة و المتممة بموجب أمر 96-21 مؤرخ في 9 جويلية 1996 يعدل ويتم قانون 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990 يتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية عدد 43 لسنة 1996: «... و اذا حدث تسريح العامل خرقا لاحكام المادة 73 اعلاه ، فانه يعتبر تعسفيا،...».

2- يعرف الفقه الفرنسي التسريح التأديبي التعسفي بانه: المساس بالحريات و حقوق العامل الشخصية دون ان يمس تصرف العامل مصلحة و امن المؤسسة المستخدمة و تكون فرضيات التسريح التعسفي للعامل في النقاط التالية :
-نية المستخدم في التسريح برغبة المساس بالحريات العامة ،كحرية التمثيل النقابي او الحق في الإضراب.
-نية المستخدم في التسريح برغبة المساس بالحريات الخاصة للعامل، كالمساس بشرفه و حياته الخاصة .
-رغبة المستخدم في التسريح قصد التحايل على القانون و حقوق العمال في حياتهم المهنية.
-رغبة المستخدم في التسريح قصد تفادي التزاماته تجاه العمال.../.../...

.../...-التسريح التعسفي من طرف المستخدم بجهل الظروف المحاطة بالخطأ المرتكب و تكييفه الى جانب الإجراءات الشكلية المتبعة الغير مطابقة لما تنص عليها تشريعات العمل. نقلا عن :سعيد طريبت، مرجع سابق، ص77 و 78.
1- ملف رقم 212611 قرار بتاريخ 13 / 2 / 2001 صادر عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2000 ، ص 177 .

وهو ما اكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها نذكر منها قرارها الصادر في 13 / 2001/2001 الذي أكدت فيه أنه في حالة الغياب المبرر بشهادة طبية مدفوعة لدى الضمان الاجتماعي الذي له الحق في المراقبة الطبية يعتبر الغياب مبررا، وبالتالي قرار الطرد تعسفيا¹، حيث وفقا لهذا الاجتهاد فان صاحب العمل ملزم بمراعاة الظروف التي دفعت العامل الى الغياب، قبل توقيع عقوبة التسريح عليه²، كذلك قرار اخر اعتبرت فيه " ... لا يعد خطأ مهنيا جسيما يستوجب التسريح، الخطأ الجزائي الذي يرتكبه العامل خلال أوقات العمل أو بمناسبة دفاعا عن مصلحة المؤسسة...³ وعليه وفقا لهذا الاجتهاد الاخير مادام أن الخطأ الجسيم لم يرتكب بنية الإضرار بمصالح المؤسسة بل دفاعا عنها فانه لا يعد خطأ جسيما يستحق تسريح العامل . فكل هذه الاجتهادات قد وسعت من دائرة الضمانات الحمائية المقررة للعامل من التسريح التعسفي .

ثانيا- الحالة الثانية:

1- وكذلك جاء في احدى حيثيات قرار اخر " ... متى كانت احكام المادة 76 من القانون 82 - 06 تنص أنه يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار في تحديد و تكييف الخطأ الجسيم المرتكب من العامل ظروف ارتكابه ومداه و درجة خطورته و الضرر الناجم عنه وسلوك هذا العامل تجاه عمله و املاك المؤسسة المستخدمة الى غاية ارتكاب الخطأ فان القضاء بما يخالف هنا المبدأ يعد مخالفة للقانون ولما كان من الثابت في القضية أن قضاة الموضوع برفضهم لدعوى الطاعن لم يراعوا الظروف المحيطة بالعامل ويقضائهم كذلك خالفوا القانون ومتى كان الامر كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه...". ملف رقم 289603 قرار بتاريخ 1989/3/06، الصادر عن المجلس الأعلى، قرار غير منشور.

2- ملف رقم 289603 قرار بتاريخ 2005/3/16 الصادر عن الغرفة الإجتماعية للمحكمة العليا ، المجلة القضائية، العدد الأول ، 2005 ، ص 117.

تسريح العامل الاجبر في غياب النظام الداخلي في حالة وجوب اعداده، وايضا في حالة عدم النص على الخطأ المنسوب للعامل ضمن أحكامه وهو ما يفهم من خلال المادة 73 مكرر 2 ، حيث يتبين انه لا يمكن للمستخدم أن يتخذ قرار التسريح التأديبي إلا بوجود النظام الداخلي في مقر الهيئة المستخدمة وكل تسريح تأديبي متخذ من قبل صاحب العمل في غياب هذه الوثيقة يعد تعسفيا .

واكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها منها قرارها الصادر في 20/12/1994¹.

ثالثا- الحالة الثالثة:

تسريح العامل خرقا للاجراءات التأديبية القانونية والإتفاقية الملزمة ،وهو ما يعد تسريحا تعسفيا كعدم سماع العامل او تبليغه بقرار التسريح التأديبي الصادر في حقه، او عدم السماح له بالإستعانة بشخص آخر للدفاع عنه.

رابعا- الحالة الرابعة:

عدم اثبات صاحب العمل ارتكاب العامل لخطأ مهني جسيم .
تنص المادة 73 مكرر 3 من قانون 91-29 السابق الذكر " كل تسريح فردي يتم خرقا لاحكام القانون يعتبر تعسفيا، وعلى المستخدم أن يثبت العكس ".

¹- تتلخص وقائع القضية أن (ش و ل ب) وحدة الصيانة بعين البيضاء قامت بتسريح العامل (ن م) ، وطعن هذا الاخير في قرار الفصل امام محكمة عين البيضاء مستندا في ذلك الى غياب اجراء شكلي جوهري متمثل في انعدام النظام الداخلي ، غير ان المحكمة أصدرت حكما ابتدائيا علنيا في 24/2/1992 قضى برفض الدعوى لعدم التأسيس، فاستأنف العامل المطرود أمام مجلس قضاء ام البواقي ، فأصدر المجلس قرار بتاريخ 20 /6/ 1992 قضى بتأييد الحكم، فطعن حينها العامل بتاريخ 25 /10/ 1992 بالنقض أمام الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا حيث جاء في احدى حيثيات قرارها :...ولما كان من الثابت في قضية الحال أن عقوبة العزل التي سلطت على المدعي تمت في غياب النظام الداخلي مما يعد خرقا لاحكام المادتين 73 و 77 المذكورتين أعلاه ، ولهذه الاسباب قررت المحكمة العليا قبول الطعن شكلا وفي الموضوع ابطال القرار المطعون فيه..." ، ملف رقم 111984 قرار مؤرخ في 20/12/1994 الصادر عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.

2- ملف رقم 11497 ، قرار مؤرخ في 17 /1/ 2001 الصادر عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ، قرار غير منشور.

حيث جاء اجتهاد المحكمة العليا في هذا الاطار في قرار صادر في 17 /1/ 2001 حيث جاء في حيثياته " ... عدم ثبوت ارتكاب العامل خطأ جسيما يجعل التسريح التعسفي ولو تم وفقا لاجراءات التأديبية ...¹

خامسا-الحالة الخامسة:

تسريح العامل عند انتهاء مدة عقد العمل المبرم مخالفة للمادة 12 من قانون 90-11² اي مخالفة للحالات والشروط القانونية لابرام عقود العمل المحددة المدة.³

الفرع الثاني: عبء اثبات التسريح التأديبي التعسفي

- ²-تنص المادة 12 من قانون 90-11 على انه " يمكن ابرام عقد العمل لمدة محدودة بالتوقيت الكامل أو بالتوقيت الجزئي في الحالات المنصوص عليها صراحة أدناه .
- أ-عندما يوظف العامل لتنفيذ عمل مرتبط بعقود اشغال أو خدمات غير متجددة
- ب- عندما يتعلق الامر باستخلاف عامل مثبت في منصب تغيب عنه مؤقتا ، ويجب على المستخدم أن يحتفظ بمنصب العمل لصاحبه .
- ج- عندما يتطلب الامر من الهيئة المستخدمة اجراء أشغال دورية ذات طابع متقطع
- د- عندما يبرر ذلك تزايد العمال أو أسباب موسمية .
- هـ- عندما يتعلق الامر بنشاطات أو اشغال ذات مدة محدودة أو مؤقتة بحكم طبيعتها ويبين بدقة عقد العمل ، في جميع الحالات مدة علاقة العمل ، واسباب المدة المقررة "
- 2-لمزيد من التفاصيل حول عقود العمل المحددة المدة أنظر: رقيقة بوالكور ، تكريس الطابع التعاقدى لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية ، العدد الأول، الجزائر، 2001 ، ص 113 .
- وأنظر: عبد السلام ديب ، عقد العمل المحدد المدة ، المجلة القضائية ، العدد الأول،الجزائر، 2001 ، ص : 17 .
- راشد راشد،شرح علاقات العمل الفردية والجماعية في ضوء التشريع الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1991،ص 218.
- ملف رقم 450715 قرار مؤرخ في 2008/4/9،مجلة المحكمة العليا،العدد الثاني،2008،ص 443.
- 3-فظة نبالي معاشو ،ازالة التنظيم في قانون العمل و حماية العمال المسرحين لاسباب اقتصادية،مرجع سابق،ص398.

يعرف عبء الإثبات على انه اقامة الدليل امام القضاء بطريقة من طرق الإقتناع التي يحددها وينظمها القانون على صحة واقعة متنازع فيه ،بقصد الوصول الى النتائج القانونية التي تترتب على صحة الواقعة المذكورة¹.

لئن كان صاحب العمل يملك حقا قانونيا في تسريح العامل و الانفرد بتقدير دوافعه، فإن ممارسة هذا الحق أصبحت مقيدة تخضع للرقابة والسلطة التقديرية للقاضي من خلال تكيف الوقائع لتقدير مدى شرعية التسريح التأديبي على ضوء أدلة الاثبات المتوفرة لديه.

أولا: دور صاحب العامل في الاثبات

1- تحميل صاحب العمل عبء اثبات الخطأ المهني الجسيم من خلال ترجيح التعسف في كل تسريح تاديبى حماية لمصلحة العامل

إن عدم المساواة الواقعية بين طرفي علاقة العمل المترتبة عن عنصر التبعية، دفعت المشرع الى ادخال تعديل قانوني لعبء الاثبات يخالف ما هو سائد في المادة المدنية أين يتحمل المدعي نتائج عدم كفاية أدلته أمام القاضي²، وبالتالي أصبحت مهمة الاثبات ملقاة على عاتق صاحب العمل بكاملها، ويضطلع معه القاضي في استحضار الأدلة وتصحيحها بعدما كان دوره سلبي يقتصر فقط على الموازنة بين أدلة الخصمين.

وقد أدى الانطلاق من مبادئ القانون المدني في مواد الاثبات³ ، الى وضع قواعد خاصة بمجال علاقات العمل أقامت قرينة ترجح احتمال التعسف في كل تسريح او انتهاء وظيفي للعمل حتى يثبت العكس، فقد ورد هذا الحكم ضمن نص المادة 73 مكرر 3 من قانون علاقات العمل المشار اليه التي تنص: "كل تسريح فردي يعتبر خرقا لأحكام هذا القانون يعتبر تعسفا و على المستخدم اثبات العكس " .

¹ - فطة نبالي معاشو، ازالة التنظيم في قانون العمل و حماية العمال المسرحين لاسباب اقتصادية، مرجع سابق، ص 398.

² - تنص المادة 323 من القانون المدني الجزائري، "على الدائن اثبات الالتزام و على المدين اثبات التخلص منه".

فأصبح صاحب العمل مطالب بتقديم كل ما لديه من وسائل اثبات وجود الخطأ المهني الجسيم أو السبب الحقيقي و الجدي للتسريح التأديبي للعامل.¹
فهو ملزم باحضار كل الوثائق التي من شأنها أن تحدد اطار النزاع سواء كان ذلك بصفة تلقائية أو يطلب من القاضي.
وعلى هذا الأساس، فإن قيام التعسف من جانب صاحب العمل مفترض وجوده لمصلحة العامل.

2-قابلية القرينة القانونية المتعلقة بترجيح التعسف لاثبات العكس

ان افتراض التعسف في كل تسريح تأديبي للعامل هو قرينة قانونية بسيطة قابلة لاثبات العكس من المستخدم، طالما أن الحق غير المثبت هو حق غير موجود، فممارسة الانهاء الأحادي لعلاقة العمل يقوم به عادة صاحب العمل، وان العامل هو الطرف المتضرر من هذا الانهاء، ولذلك لا يمكن أن ننقل كاهله بتحميله عبء الاثبات، إذ أن ذلك يساهم دون ريب في تدعيم حالة عدم المساواة بين طرفي العلاقة التعاقدية².

وتحميل صاحب العمل عبء اثبات الخطأ الجسيم للعامل يمثل دعما قانونيا جديدا او ضمانا جديدة للحماية و الاستقرار الوظيفي للعامل وأمنه، وهذه الضمانة تمثل استكمالا لسابقتها خاصة المتعلقة بضرورة التنصيص على أسباب التسريح أي الخطأ الجسيم المنسوب للعامل ارتكابه ضمن رسالة او قرار التسريح، أو ضمن محاضر جلسات الصلح كما سماها التشريع الفرنسي³.

ولقد سبق و ان أكد اجتهاد المحكمة العليا على هذا المعنى، إذ اعتبر في قراره الصادر عن الغرفة الاجتماعية أنه: "...متى كان من المقرر قانونا أن القرار الذي احتفظ بعدم توضيح الوقائع المنسوب فعلها للعامل.... تكون أسبابه غير كافية لمواجهة ما قدم من أدلة في الدعوى و ما أبدى من طلبات..."⁴.

¹ - بشير هادفي ، الحماية الوظيفية والإقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري ، مرجع سابق، ص 65.

² - بشير هادفي ، الحماية الوظيفية والإقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري ، مرجع سابق ، ص 138 .

2-T.GREEN BACK, La preuve de l'absence du cause réelle et serieuses en matière de licenciement , Rev DR .OUV, Paris, 1978, P :415.

⁴ -ملف رقم 36976، قرار مؤرخ في 1984/3/6 الصادر عن المجلس الأعلى، قرار غير منشور .

3- حرية اثبات الخطأ المهني الجسيم بكافة الطرق القانونية

طالما أن المشرع لم ينص صراحة في قانون 90-11 على وسائل اثبات معينة فإنه يجب تطبيق القواعد العامة في الاثبات الواردة في القانون المدني، و طالما أن اثبات الخطأ الجسيم المبرر لتسريح العامل يتم باثبات وقائع مادية، هذه الأخيرة يجوز اثباتها بكافة وسائل الاثبات وهي: الكتابة، الاقرار، اليمين، البينة، القرائن.

ويمكن لصاحب العمل اثبات ذلك من خلال محضر مجلس التأديب أو الإستعانة بشهادة أحد أعضاء المجلس، فإذا لم يتمكن من اثبات خطأ العامل فإنه يؤكد صفة التعسف في تسريح العامل¹.

وهو ما ذهبت اليه المحكمة العليا في قرار صادر لها في 2001/1/17 الذي جاء في احدى حيثياته: "...حيث بالرجوع الى الحكم المطعون فيه تبين منه أنه تطرق لجميع الاجراءات المتخذة من الطاعنة حول احالة العامل على لجنة التأديب، وكيفية توجيه الخطأ والظروف التي تم فيها الخطا وناقش هذه الاجراءات معتبرا الطرد تعسفيا لعدم تقديم المؤسسة السند القانوني الذي يثبت الأفعال المنسوبة للعامل..."².

فالسند القانوني في اثبات الأفعال المنسوبة للعامل هو الدليل الذي قد يكون اقراره بتلك الأفعال وقد اعتبرت المحكمة العليا أن اقرار العامل بعدم نفيه الوقائع المنسوبة اليه سندا صحيحا لا يحتاج معه المستخدم الى دليل آخر لاثبات خطأ العامل حيث جاء في حيثيات قرارها: "...ولكن حيث أنه فضلا على أن هذا الوجه لا يوجد ضمن اوجه الطعن المنصوص عليها في المادة 235 من قانون الإجراءات المدنية فان طلب الطاعنة كان بدون موضوع طالما أن الطاعن لم ينفي الواقعة المذكورة و عليه فإن هذا الوجه غير مجدي..."³.

¹ - ومثال ذلك أن يطرد صاحب العمل العامل من منصبه على أساس ارتكابه أعمال عنف، وبالأخص على أساس أنه شتمه ويستدل صاحب العمل ببعض العمال على أساس أنهم شهود، وفي الأخير يتبين أن العمال صرحوا في المحاضر بأنهم لم يسمعوا الشتم الموجه لصاحب العمل، هنا حتى وإن قام بالاجراءات القانونية اللازمة، لكن الخطأ المنسوب للعامل غير ثابت، ومن ثم فإن تسريحه تعسفي و هو ما سبق و أن أكدته محكمة سطيف في قرارها الصادر في 1994/4/26 السابق ذكره.

² - ملف رقم 211629، قرار مؤرخ في 2001/01/17، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2002، ص 173.

³ - ملف رقم 155985، قرار مؤرخ في 1998/02/20، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1995، ص 273.

4-تقييد صاحب العمل بطرق اثبات معينة في بعض الحالات توسيعا للضمانات المقررة للعامل

إذا كان المستخدم يتمتع بحرية اثبات خطأ العامل طبقا للقواعد العامة في اثبات الوقائع المادية بكافة الطرق، فإنه في بعض الأحيان يجد نفسه مقيدا بطرق اثبات محددة، وهي الحالة التي يتم فيها تسريح العامل بناء على خطأ جزائي يعاقب عليه التشريع الجزائي، حيث يجب عليه الادلاء بنسخة من الحكم الجزائي النهائي الصادر ضد العامل بالإدانة على الأفعال التي تشكل جريمة في القانون، والتي تشكل في نفس الوقت خطأ تأديبيا.

وإن كان المشرع لم ينص صراحة على ذلك فإن المحكمة العليا ذهبت الى أنه لا يمكن الاستناد الى الحكم بالإدانة إلا إذا كان نهائيا، حيث جاء في حيثيات قرارها: "...حيث أنه لا يسوغ لصاحب العمل اتخاذ اجراءات التسريح دون تعويض و لا انذار على أساس ارتكاب العامل جرائم اختلاس و سوء التسيير إلا بمقتضى حكم جزائي نهائي، و لا يحق للجنة التأديب أن تحل محل الجهات القضائية...".¹

كما يمكن للمستخدم أن يستند الى شهادة الشهود في اثبات خطأ العامل، إلا أن الاثبات بشهادة الشهود الذين يعملون لدى المستخدم طرحت اشكالا يتعلق بتجريح الشاهد². إلا انه فيما يتعلق باجتهد المحكمة العليا في هذا الطرح، لم نجد من القرارات المنشورة ما يفيد أنها أخذت بهذه الفكرة، رغم المبررات الموضوعية القوية التي تسمح بأخذ شهادة شهود

¹-ملف رقم 188909، قرار مؤرخ في 15/02/2000، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 2001، ص 176.

²-وهذا طبقا للمادة 69 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية الملغى، التي تنص على أن تجريح الشاهد يكون بسبب عدم الأهلية أو القرابة أو لأي سبب جدي آخر، خاصة وأن ارتباطه بعقد العمل لدى المستخدم ومركزه الضعيف من الناحية الاقتصادية، ونظرا لمقتضيات التبعية للمستخدم تجعل شهادتهم محل تجريح وهو ما يجعل في كثير من الأحيان المستخدم عاجزا عن اثبات خطأ العامل لأن الأفعال و الوقائع التي تقع داخل المؤسسة لا يطلع عليها إلا الأشخاص الموجودين داخلها و هم عادة العمال، لهذا السبب ذهب البعض الى القول بإمكانية الأخذ بشهادة العمال ضد العامل، ومثال ذلك رفض العامل تنفيذ التزاماته المهنية لا يمكن اثباتها في كثير من الأحيان إلا بشهادة العمال. عبد الوهاب البندار، طرق الطعن في العقوبات التأديبية، دار الفكر، دون مكان نشر، دون سنة نشر، ص 178.

العمال ضد العامل نظرا لطبيعة الخطأ التأديبي الذي يقع في الغالب في إطار محدود و مغلق هو المؤسسة التي يعمل بها العامل، كما أن علاقة العامل الشاهد بالمستخدم قائمة على شروط موضوعية ومصالح متبادلة، وليس لها علاقة بالطابع الشخصي، و لأنه في الأخير يبقى لقاضي الموضوع كما هو معروف سلطة تقدير تلك الشهادة للأخذ بها أو استبعادها.

ثانيا: دور العامل في الاثبات

1- اعاء العامل من عبء اثبات التسريح التعسفي حماية له

رغم ان العامل هو الذي يبادر باللجوء الى القضاء في أغلب الحالات، فإن التوجه الحمائي الجديد لقانون علاقات العمل، منحه امتيازاً يعفيه من تقديم أدلة الاثبات لدعواه، إذ يكفي اثبات عملية التسريح لافتراض التعسف، هذا المسعى الذي يتجاوب مع الواقع من حيث التخفيف على العامل لصعوبة الحصول على الأدلة التي يوجد أغلبيتها بحوزة صاحب العمل، إضافة لصعوبة الإستجداد بزملاء العامل اعتبارا لحساسية موقفهم.¹

2- الدور الإيجابي للعامل في تأكيد الطابع التعسفي للتسريح

لم يضع المشرع العامل في موقف سلبي من الدعوى، خاصة إذا كان يملك من الأدلة ما من شأنها اقناع قاضي الموضوع بتعسف المستخدم في قرار التسريح من حيث عدم موضوعية أو صحة أو وجود سبب التسريح.

وهو الرأي الذي دعمته للمحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: "...ولكن حيث أن الحكم المطعون فيه أسس قضاءه على ما جاء في النظام الداخلي من وجوب تبليغ المؤسسة بكل غياب في ظرف 48 ساعة، فإن ادعاء الطاعن بأنه أخبر رئيسه المباشر يقع عليه عبء اثباته..."².

فيمكن للعامل تقديم وسائل اثبات غير كافية أو ضعيفة على تعسف المستخدم أو ينفي بواسطتها ارتكابه الخطأ الجسيم، لا ترقى الى مستوى اقناع القاضي، الا ان تلك الأدلة التي

¹-G LYON, MG BONNETETE, La reforme du licenciement travers la loi de 13/17/1973 , Revue de Droit sociale, N° : 10-11 , Année 1973 , P : 493.

²-ملف رقم 167320 قرار مؤرخ في 18/2/1998، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2000، ص: 105.

يقدمها يمكن أن تكون منطلقا للقاضي للأمر باتخاذ اجراءات التحقيق التي يراها ضرورية لاستكمال قناعته و الفصل في النزاع بشأن تعسف المستخدم من عدمه¹.
وتبعاً لذلك فإن الانهاء الذي اعتبره المشرع تعسفياً لا لغياب الخطأ الجسيم فحسب، بل ولعدم احترام الاجراءات التأديبية اللازمة، يمكن اثباته من جانب العامل هو الآخر بجميع وسائل الاثبات، بما في ذلك شهادة الشهود من زملاء العامل في العمل، لكن يفتح ذلك المجال للمطالبة بتطبيق المبدأ المعروف حول امكانية تجريح الشهود و بالتالي استبعاد شهادتهم على أساس تحيزهم للعامل، و في هذا الاطار فان القاضي يمكنه الأخذ بشهادة الشهود من زملاء العامل و لو على سبيل الاستدلال، تحقيقاً للحماية المقصودة للعامل².

ثالثاً- الدور الإيجابي للقاضي في اثبات التسريح التعسفي

تبعاً للصعوبات الواقعية التي يطرحها تقدير جسامته الخطأ المرتكب من العامل، يتجاوز القاضي الدور المنوط بصاحب العمل في الاثبات لتكوين اقتناعه، فيلعب دوراً ايجابياً في مسألة الاثبات متجاوزاً بذلك النقاش الفقهي التقليدي حول قضية حياد القاضي في النزاع، و هل دوره ايجابي أو سلبي.

وفي الكثير من الحالات يمكن أن تتشابه فيها الوقائع التي تساعد على التكيف الصحيح لها، لاسيما إذا تدخلت إرادة صاحب العمل في تزييف هذه الوقائع، لذلك أصبح منطوق قانون العمل يفرض تدخل القاضي لتمحص و فحص الأدلة المقدمة و التأكد من صحتها، والكشف عن الحقيقة، وتفسير كل شك لصالح العامل، وعليه فإن مقتضيات الحماية القانونية للعامل أصبحت تفرض على قاضي الموضوع التدخل في جميع حالات النزاع المعروضة عليه لاستجلاء الحقيقة، حيث يقوم في سبيل ذلك بكل الاجراءات المتاحة، من فحص الوثائق المقدمة، الاستماع الى الشهود، بل وامكانية الانتقال للمعاينة بصفته الشخصية أو بتكليف أحد القضاة المستشارين الذين تتكون منهم تشكيلة المجلس و لقد أكدت المحكمة العليا على

1- فقد يدعي المستخدم أنه قام بتسريح العامل من منصب عمله لأنه قام بتاريخ معين بالمشاركة في التوقف الجماعي عن العمل خرقاً للاجراءات القانونية، فيتدخل العامل ويثبت أنه بذلك التاريخ كان في عطلة مرضية، ففي هذه الحالة يكون سبب التسريح غير موجود أصلاً، وعليه يكون قرار التسريح تعسفياً.

2- بشير هادفي، الحماية الوظيفية و الإقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري، مرجع سابق، ص: 138.

ضرورة تكيف الوقائع حيث جاء في إحدى قراراتها: "...حيث يعاب على القرار المطعون فيه عدم الجواب عن المقال لكونه رفض جميع الأوجه التي استظهرت بها الشركة، بناء على سبب وحيد، انعدام التبرير و الحال ان عدم تقديم التبرير لا يعفي المجلس من الجواب لتقديره حتى في الحالة التي يرفضها..."¹.

وعليه فان منح قاضي الموضوع سلطة معاينة شرعية الانهاء و التحقق من واقعية أو حقيقة ثبوت الخطأ، يمثل جمعا بين القرائن القانونية و القرائن القضائية للاثبات، حماية للعامل الذي يعجز في كثير من الأحيان عن اقامة الدليل على تعسف صاحب العمل في التسريح فيخسر بذلك دعواه²، وقد أكدت المحكمة العليا على الدور الايجابي للقاضي في تقدير وسائل الاثبات في قرار لها حيث جاء في حيثياته: "...ان تقدير وسائل الاثبات هي مسألة جوهرية تدخل ضمن صلاحيات قاضي الموضوع... " وذلك في قرارها الصادر في 2001/2/13 السابق ذكره، وقضت كذلك في قرار آخر بانه: "...انه من الثابت قانونا أن الخطأ المنسوب للعامل لما يكون غير ثابت أو غير قائم يجعل قرار التسريح تعسفيا..."³.

واعترفت في قرار آخر أن قاضي الموضوع ملزم بمناقشة الخطأ الوارد في قرار التسريح و لا يجوز له تغييره، حيث جاء في إحدى حيثياته:

"....حيث يتبين فعلا من الحكم المطعون فيه أنه أسس قضائه لاعادة ادراج المطعون ضده في منصب عمله على أن تسريح العامل كان بسبب اتهامه لارتكاب خطأ ذي طابع جزائي وهو الأمر الذي أقرت به المؤسسة المستخدمة في مذكرة جوابها و أمام مكتب المصالحة و قبل ادانته بالخطأ المنسوب اليه من طرف الجهة القضائية في حين أن الخطأ الوارد في قرار تسريح المطعون ضده هو الغياب عن العمل رغم إعداره من الهيئة المستخدمة، ولا يجوز لقاضي الموضوع تغيير الخطأ المنسوب للعامل أو استبداله بخطأ آخر، بل كان عليه مناقشة الخطأ المنسوب الى العامل و الوارد في قرار تسريحه مناقشة قانونية، وباستبعاد قاضي الموضوع أول درجة الاعذارين الموجهين للمطعون ضده أثناء غيابه بدون مناقشته

1- ملف رقم 314649، قرار مؤرخ في 21/05/1984 الصادر من المجلس الأعلى، المجلة القضائية، العدد الأول، 1990، ص 157.

2- بشير هادفي، الحماية الوظيفية والإقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري، مرجع سابق، ص: 137.

3- ملف رقم 212611، قرار مؤرخ في 2002/2/13، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2003، ص 177.

فإنه أخطأ في تطبيق القانون و قصر في تسبب ما قضى به مما يعرضه حكمه للنقص و الإبطال...¹.

وعليه فإن المشرع خفف على القاضي عناء الرجوع الى المبادئ و الأحكام العامة للثبات في القانون المدني، من حيث تبني مفهوم خاص لفكرة التعسف بما يخدم مصلحة العامل، ووضع معيار جديدا لا عبرة فيه بتوفر الخطأ الجسيم فحسب، إذ كلما ثبت انهاء علاقة العمل دون اتباع الاجراءات المشترطة فإن التعسف يكون قائما، و دون حتى التطرق في هذه الحالة الى الخطأ الجسيم الذي يتكفل صاحب العمل باثباته، هذا المبرر الموضوعي الذي اعتمده المشرع كقاعدة عامة لحماية العامل من خطر التسريح التعسفي.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن التسريح التأديبي التعسفي

ينصرف التسريح التعسفي او غير المشروع لعلاقة العامل، الى التسريح الذي يقوم به صاحب العمل مخالفة للأحكام الاجرائية المقررة، أو لانعدام خطأ مهني جسيم يستند اليه صاحب العمل في تسريح العامل.

رتب المشرع الجزائري بمقتضى المادة 73 مكرر 4 من قانون 90-11 المعدل و المتمم مجموعة من الجزاءات اوالآثار المترتبة على مخالفة صاحب ضوابط ممارسة السلطة التأديبية الشكلية منها (الفرع الأول) والموضوعية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: أثر التسريح المخالف للاجراءات

تنص الفقرة الأولى من المادة 73 مكرر 4 من القانون 90-11 على ما يلي:
"إذا وقع تسريح العامل مخالفة لاجراءات القانونية و/والاتفاقية الملزمة، تلغي المحكمة المختصة ابتدائيا و نهائيا قرارالتسريح بسبب عدم احترام الاجراءات ، وتلزم صاحب العمل بالقيام باجراء المعمول به، و تمنح العامل تعويضا ماليا على نفقة المستخدم لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه كما لو استمر في عمله.

و اذا حدث تسريح العامل خرقا لاحكام المادة 73 اعلاه ، فإنه يعتبر تعسفيا،...".

¹-ملف رقم 354461، قرارمؤرخ في 2006/12/6، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني،الجزائر، 2006، ص 293.

بالرجوع الى التسلسل المنهجي للنص القانوني المذكور أعلاه يظهر بان مخالفة صاحب العمل للاجراءات التأديبية، يترتب عليه ثلاثة آثار وهي:

-الغاء قرار التسريح

-الزام صاحب العمل بتصحيح اجراءات التسريح

-الزام صاحب العمل بدفع تعويض مالي للعامل المسرح

وعليه سوف نحاول دراسة و تفصيل هذه الآثار بغية التأكد من مدى تحقيقها للردع المناسب للمستخدم و مدى فعاليتها في الحد من التسريحات التعسفية للعمال وبالنتيجة تحقيق امنهم واستقرارهم الوظيفي.

أولاً:الغاء قرار التسريح

1-عدم التحديد القانوني للأثر المترتب على الغاء قرار التسريح

إذا كان النص القانوني المذكورأعلاه قد جاء بعبارات أكثر ما يمكن القول عنها أنها غامضة و لا تفيد بوضوح و خاصة بما لا يدع أي مجال للشك إرادة المشرع فإن السؤال المنطقي و البسيط الذي أسفر عنه غموض هذا النص هو كالاتي: هل الغاء قرار تسريح العامل معناه إعادة ادماج هذا الأخيرفي منصب عمله؟¹.

أ-الغاء قرار التسريح لا يعني اطلاقا إعادة ادماج العامل في منصب عمله

إذا اقتصرنا على حرفية النص القانوني، فإنه لا يفيد اطلاقاً، بصفة صريحة و واضحة أن الغاء قرارالتسريح الصادر مخالفة للقواعد الاجرائية، معناه بالضرورة إعادة ادراج العامل في منصب عمله، و ذلك ماذهب اليه العديد من المهتمين بمجال قانون العمل،ذلك ان المشرع لو كان يقصد فعلا من وراء الغاء قرار التسريح رجوع العامل الى منصب عمله

1-ياسين بن صاري،التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري،مرجع سابق،ص95.

لنص على ذلك صراحة كما فعل بموجب التشريع السابق، وتحديدًا بموجب المادة 79 من قانون 82 - 06 الصادر في 27 / 02 / 1982¹.

كما أنه من غير المخالف عليه ان نص المادة 73 مكرر 4 مستلهم من التشريع الفرنسي، لكن بالرجوع الى نص المادة 4-14-122، فإن المشرع الفرنسي يرتب ثلاثة عقوبات على مخالفة صاحب العمل الاجراءات التأديبية وهي تصحيح الاجراء المخالف، دفع تعويض وأخيرًا تسديد منح البطالة الى الهيئات المختصة، ولا وجود اطلاقًا لالغاء قرار التسريح ومن ثم تحمل أيًا من آثاره لا سيما إعادة ادماج العامل المسرح الى منصب عمله².

كذلك عدم الأخذ بهذا الرأي يؤدي الى نتيجة غير منطقية، حيث إذا تم التسريح مخالفة للشروط الموضوعية يعتبر تعسفيًا، ولا يمكن اجبار صاحب العمل على إعادة العامل الى منصب عمله طبقًا للفقرة الثانية من المادة 73 مكرر 4 كما سنرى لاحقًا، مقابل ذلك إذا كان التسريح مخالفًا للقواعد الاجرائية التأديبية مهما كانت طبيعتها، فإنه يلغي قرار التسريح ويحكم باعادة ادماج العامل في منصب عمله بعد التصريح بالغاء قرار التسريح³.

ب- الغاء قرار التسريح معناه إعادة الادماج الوجوبي للعامل طبقًا للإجتهاد القضائي

ذهب استقرار قضاء المحكمة العليا بموجب القرار الصادر في 18/1/2000 السابق الذكر الى أن إعادة العامل الى منصب عمله يعتبر بمثابة أثر من آثار الغاء قرار التسريح طالما أن المادة 73 مكرر 4 تنص على أن تلغي المحكمة المطروح امامها النزاع قرار التسريح، ومن

¹- حيث تنص المادة 79 من قانون 82-06 السابق الذكر: "يمكن للعامل في جميع الأحوال أن يرفع دعوى البطلان على القرار بالفصل أمام الجهة القضائية المختصة.

وفي حالة الفصل تعسفيًا او خرقًا لأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل، يأمر القاضي باعادة دمج العامل في منصب عمله الأصلي مع منحه التعويضات المستحقة له.

وإذا عارضت المؤسسة المستخدمة إعادة دمج العامل الفعلية يستمر العامل في التمتع بجميع الحقوق الناجمة عن علاقة عمله."

²- ياسين بن صاري، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري، مرجع سابق، ص 96.

³- جلال مصطفى القرشي، شرح قانون العمل الجزائري، علاقة العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص: 338 و 339.

ثم يرجع الأطراف الى الحالة التي كانوا عليها قبل صدور هذا القرار، وبالنتيجة اعتبار عقد العمل كأنه لم ينقطع على الاطلاق.

والرجوع الحتمي أو الاجباري لمنصب العمل هدفه رغبة المشرع في ردع صاحب العمل واصلاح الخروقات المقترفة من قبل هذا الأخير في أقرب الاجال لاحتمال وقوع الاتفاق بين الأطراف لتفادي خصومة قضائية.¹

وعلق على هذا القرار بكونه أبرز مكانة القانون الاجرائي في علاقته بالقانون الموضوعي بتكريس مبدأ "البطلان اعادة الادماج" كلما كان التسريح معيبا بالبطلان المطلق أو عندما يتم مخالفة المادة 73 من القانون 90-11 كما هي معدلة بالقانون 91-29، وأن العمل بمبدأ "البطلان اعادة الادماج" يتم كلما وقع هناك خرق لقواعد الشكل الجوهرية او القواعد الموضوعية.²

ثانيا: الزام صاحب العمل بتصحيح اجراءات التسريح

تنص الفقرة الأولى من المادة 73 من القانون 90-11 أنه: "... إذا تبين أن التسريح جاء مخالفة لاجراءات القانونية و/أو الإتفاقية يلزم المستخدم بالقيام بالإجراء المعمول به...". مما لا شك فيه أن عبارة "تصحيح الإجراء المعمول به" التي وردت في نص هذه المادة تحمل الكثير من الغموض و تفتح المجال واسعا أمام جميع الافتراضات و التساؤلات عن الاجراءات التأديبية التي يمكن أن يعطى لصاحب العمل فرصة تصحيحها وعن طبيعتها؟ وعن مدى تعلقها بالإجراءات التي ترك المشرع تنظيمها للنظام الداخلي في مجال ممارسة المستخدم لسلطته التأديبية ام تلك التي تم التفاوض بشأنها جماعيا و الواردة ضمن الاتفاقيات الجماعية ؟ ، وعن معنى عبارة "الزامي" بصفة دقيقة هل المقصود بها انه إجراء جوهري أي من النظام العام؟.

1- عبد السلام ديب ، الحلول القضائية للمشاكل المترتبة عن تطبيق نص المادة 73 مكرر 4 من القانون 90-11 ، المجلة القضائية للمحكمة العليا ، العدد الثاني، دار القصبية ، الجزائر ، 2001 ، ص: 25 .

2- اسعد زهية ، التعليق على القرار 182539 الصادر في 18/1/2000، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 2001، ص: 48.

1- إمكانية تصحيح صاحب العمل للإجراءات التأديبية في حالة مخالفتها تطبيقاً لنص المادة 73 مكرر 4

لا يوجد ما يمنع المستخدم وفقاً لنص هذه المادة من توقيع جزاء جديد بإجراءات صحيحة في حالة صدور حكم بإلغاء قرار التسريح من طرف المحكمة لعدم احترام الإجراءات مع احترام القيد المتعلق باحترام المدة القانونية بين وقوع الخطأ ورغبة صدور قرار التسريح أي مدة التقادم¹.

2- عدم إمكانية تصحيح صاحب العمل للإجراءات التأديبية في حالة مخالفتها لعدم تعلق المادة 73 مكرر 4 بها .

اتجاه قضاء المحكمة العليا يذهب إلى أمر آخر تماماً بحيث أنه ينقل الإجراءات المنصوص عليها ضمن المادة 73 مكرر 4 في الفقرة الأولى من نظام التسريح التأديبي إلى أنظمة أخرى كإجراءات تقليص عدد العمال أو الإحالة على التقاعد و السند في ذلك هو كالتالي:

- إن المشرع الجزائري خلافاً للمشرع الفرنسي لم يذكر صراحة بأن الأمر يتعلق بالإجراءات التأديبية، حيث اكتفى بعموميات من خلال الإشارة إلى خرق الإجراءات القانونية و/أو الإتفاقية الملزمة، فكلمة التسريح الواردة في صياغة هذا النص جاءت مطلقة دون تخصيص الإجراءات التأديبية، أما النص الفرنسي فقد بين صراحة أن الإجراءات المنصوص عليها هي تلك الواردة بهذا الفرع أي الإجراءات التأديبية².

- التصحيح الذي يقصده المشرع في هذا النص لا يخص الإجراءات التأديبية الملزمة لأن بطلان هذه الإجراءات يعتبر من النظام العام الاجتماعي³، طالما أن هذه الإجراءات

¹ - سعيد طربيت، مرجع سابق، ص 46.

² - عبد السلام ديب، الحلول القضائية للمشاكل المترتبة عن تطبيق المادة 73 مكرر 4 من القانون 90-11، مرجع سابق، ص 23.

¹ - بشير هادفي، التعويض عن التسريح من العمل بسبب تغير الوضعية القانونية للمؤسسة المستخدمة و دوره في جبر الضرر، الملتقى الوطني الثاني حول الظروف الإقتصادية للمؤسسة و اثارها على علاقات العمل في التشريع الجزائري، جامعة جيجل، 2010، ص 127.

المنصوص عليها ضمن المادة 73 مكرر 2 من قانون 11/90 إجراءات أساسية جوهرية ملزمة تتعلق بحقوق الدفاع، وعليه فلا يمكن تدارك أو تصحيح الأخطاء أو المخالفات التي تشوب سريانها من طرف صاحب العمل عن طريق أعمال إجرائية لاحقة ومن ثمة يتعين على القاضي إثارة البطلان المطلق لهذه الإجراءات وعدم قابليتها للتدارك والتصحيح بصفة تلقائية ولو لم يدفع العامل بتخلفها¹.

- إن الاجتهاد القضائي يتماشى و مقتضيات المادة 62 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص: "يجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لتصحيح الإجراء المشوب بالبطلان بشرط عدم بقاء أي ضرر قائم بعد التصحيح، يسري أثر التصحيح من تاريخ الإجراء المشوب بالبطلان"، وبمفهوم المخالفة فإن البطلان الذي له صلة بالنظام العام لا يكون قابلا للتصحيح أو التدارك².

والقواعد الإجرائية و الموضوعية المتعلقة بقانون العمل و الضمان الاجتماعي هي في الغالب من النظام العام³.

وهو ما اكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها⁴، فمن غير المعقول أن يلزم المستخدم

²-مصطفى قويدري، عقد العمل بين النظرية و الممارسة، مرجع سابق، ص216.

²-وهي تطابق نفس ما نصت عليه المادة 462 من أمر رقم 66-154 مؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية عدد 47 لسنة 1966، ملغى التي كانت تنص: "إذا كان البطلان أو عدم صحة الإجراءات المدفوع بها ليس من النظام العام، يجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لتصحيحه"،
⁴-عبد السلام ديب ، الحلول القضائية للمشاكل المترتبة عن تطبيق المادة 73 مكرر 4 من القانون 90-11، مرجع سابق، ص24.

⁴-جاء في حيثيات أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي: " :...حيث أن القرار المطعون فيه قضى بإلغاء مقرر التسريح والأمر بتصحيح الإجراءات التأديبية عملا بالفقرة الأولى من المادة 73 مكرر 4 المعدلة و المتممة بالأمر 21/96 المؤرخ في 09/07/1996.../...".

.../... وحيث أن ما قصده المشرع في هذا النص من تصحيح الإجراءات القانونية و أو الاتفاقية الملزمة لا يمكن أن يتعلق بالإجراءات التأديبية، ذلك أن هذه الإجراءات من النظام العام ولا يمكن تدارك الأخطاء أو المخالفات التي قد تشوب سريانها و إن ما يقصده المشرع هي الإجراءات المتخذة في التسريح غيرالتأديبي...⁴. ملف رقم 213831 قرار مؤرخ في 2001/3/21 الصادر عن الغرفة الإجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، 2002، الجزائر، ص185.

وجاء في قرار آخر "... حيث يتبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى بإلغاء التسريح مع الأمر بتصحيح الإجراءات التأديبية و يرجوع العامل إلى منصب عمله، وحيث أنه إذا ثبت للقاضي أن الإجراءات التأديبية لم تحترم فإنه يصرح

باحترام الإجراء الذي لم يتم باحترامه¹.

وقد أزال هذا الاجتهاد الغموض الذي كان يكتنف النص سابقا، إذ لا يمكن تصحيح الإجراءات التأديبية بالنظر إلى ارتباط هذه الإجراءات بموضوعها أي بالخطأ الجسيم المرتكب من العامل، فلا يعقل أن يعاد محاكمة العامل عن فعل مضى عليه التقادم أو إعادة استدعائه للمثول أمام المجلس التأديبي بعد إغفال هذا الإجراء².

وعليه وفقا لاجتهاد المحكمة العليا فإن التصحيح الذي يقصده المشرع يخص الإجراءات غيرالتأديبية أو الإجراءات المتخذة في التشريع غير التأديبي والمتعلقة بمسائل مثل تقليص العمال أو الإحالة على التقاعد، ذلك أن بطلان هذه الإجراءات نسبي لا يحكم به القاضي إلا في حالة إثارته من طرف من تضرر منه، و يمكن لصاحب العمل تصحيح وتدارك هذا الإجراء، فإذا خالف مثلا الإجراء المتعلق بعرض الجانب أو الملف الاجتماعي على ممثلي العمال للتشاور من أجل الإدلاء بالرأي، يجعل عملية التقليص قابلة للإبطال، لكن يجوز تصحيح هذه العملية بإحالة المستخدم على القيام بالإجراء المطلوب عملا بأحكام المادة 73 مكرر 4 بخلاف العزل أو التسريح التأديبي فلا يسوغ تدارك الخطأ¹.

بالطابع التعسفي للتسريح مستنتجا الآثار القانونية المترتبة عنه، ولا يمكنه في أي حال من الأحوال أن يأمر بتصحيح الإجراءات التأديبية ذلك أن الفقرة الأولى من المادة 73 مكرر 4 التي أسس عليها الحكم قضاؤه عليها لا تنطبق على تصحيح الإجراءات التأديبية بل على تصحيح إجراءات التسريح الأخرى، وبالتالي فإنه لما قضى بتصحيح الإجراءات التأديبية يكون الحكم المطعون به قد خالف القانون مما يعرضه للنقض...".ملف رقم 235063 قرار مؤرخ في 2002/1/9، عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.

1- بافتراض أن العامل بلغ بقرار التسريح واستدعي إلى مجلس التأديب وتم الاستماع إليه ثم طلب أن يأتي عامل من نقابة المؤسسة ليدافع عنه، لكن مجلس التأديب رفض له ذلك، أي خرق أحد الإجراءات التأديبية الملزمة، فمعنى ذلك عند مخالفة مضمون هذا الاجتهاد القضائي، أن القاضي يعتبر إجراءات التأديب كأن لم تكن بحيث يلغي القرار ويحكم للعامل بالتعويض ويلزم صاحب العمل بإعادته إلى المؤسسة ثم يعيد من جديد إجراءات التسريح أي يعيد إصدار قرار ثاني بالتسريح، بما أن القرار الأول ألغي من قبل القضاء، ثم يتبع الإجراءات المنصوص عليها في النصوص.../.../...القانونية، وهذا غير منطقي على اعتبار أن إلغاء قرار التسريح هو في حد ذاته إلغاء لفكرة التسريح لخرق الإجراءات، فمن المنطقي أن يعاد إدماج العامل لعمله كجزء ردي فعل على صاحب العمل لأنه لم يحترم الإجراءات. نادية حسان، مرجع سابق، ص 67 و68.

2- بشير هادفي، تعويض التسريح من العمل بسبب تغيير الوضعية القانونية للمؤسسة المستخدمة و دوره في جبر الضرر، مرجع سابق، ص 127.

¹ - ع يحيوي، التقليص من عدد العمال لاسباب اقتصادية، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2002، ص 54.

فالتطبيق السليم لنص هذه المادة يفترض عدم الأخذ بظاهرها بل لا بد من معرفة و مناقشة روحها و مضمونها لمعرفة قصد المشرع من ورائها.

ثالثا: إلزام صاحب العمل بدفع تعويض مالي للعامل

من الآثار التي ترتبها الفقرة الأولى من المادة 73 مكرر 4 من القانون 11/90 هو إلزام صاحب العمل الذي يكون قد أصدر قرار التسريح مخالفة للقواعد الإجرائية أن يدفع للعامل المعني تعويضا ماليا لا يقل عن الأجر الذي كان سيتقاضاه لو استمر في العمل، أي يتحصل على تعويض لكامل مدة التوقف عن العمل.

وتجدر الإشارة إلى أن الطبيعة القانونية لهذا التعويض المالي لا تصنف كتعويض عن ضرر، ولكن ك مبلغ مالي لتغطية الأجر التي لم يقبضها العامل طيلة مدة توقيفه عن العمل. كما أن هذا التعويض المالي ما هو إلا حيلة ابتدعها المشرع حتى لا يتناقض و مقتضيات نص المادتين 153¹ و 80² اللتان تنصان على أن الأجر هو مقابل عمل تم القيام به³.

وعليه استعمل المشرع مصطلح التعويض بدل من مصطلح تسديد الأجر. لكن التساؤل المطروح حول شمولية هذا التعويض لكل عناصر الأجر، اذ بالرجوع إلى المادة 81⁴ من القانون 11/90 نجد أن الأجر يتكون من العلاوات المرتبطة بإنتاجية العمل و نتائجها، فهل من المعقول منح العامل علاوة مرتبطة بالإنتاجية لفترة لم يعمل فيها؟.

¹ -تنص المادة 53 من قانون 90-11 السابق الذكر: «لا يمكن ان يتقاضى العامل اجر فترة لم يعمل فيها مهما تكن وضعيته في الترتيب السلمي، ما عدا في الحالات التي ينص عليها القانون او التنظيم صراحة ،و ذلك دون الإخلال بالتدابير التأديبية الواردة في النظام الداخلي.»

² -تنص المادة 80 من قانون 90-11 السابق الذكر: «للعامل الحق في اجر مقابل العمل المؤدى و يتقاضى بموجبه مرتبا او دخلا يتناسب و نتائج العمل.»

³ -مسعود منتري، مرجع سابق، ص 121.

⁴ - تنص المادة 81 من قانون 90-11 السابق الذكر: «يفهم من عبارة مرتب ، حسب هذا القانون ، ما يلي:

-الأجر الأساسي الناجم عن التصنيف المهني في الهيئة المستخدمة ،
-التعويضات المدفوعة بحكم اقدمية العامل او مقابل الساعات الإضافية بحكم ظروف عمل خاصة ،لا سيما العمل التناوبي و العمل المضر و الإلزامي ،بما فيه العمل الليلي و علاوة المنطقة،

أما عن الفترة التي تشملها التعويضات، فهي تحدد من تاريخ اتخاذ قرار التسريح إلى غاية تاريخ صدور الحكم القضائي بالاستفادة منها، فهي وحدها التي تشملها التعويضات المالية وفق الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا، ولا تشمل الفترة الممتدة إلى غاية تنفيذ الحكم أو رجوع العامل، حيث في هذا المجال فإن المحكمة العليا ألغت حكما قضى بالتعويض لصالح العامل المسرح بصفة تعسفية ابتداء من تاريخ توقيفه إلى غاية رجوعه الفعلي وذلك لأن المحكمة " قضت بالتعويض المستمر، والحال أن الاستمرار في سريان التعويض أمر غير قانوني"¹.

الفرع الثاني: أثر التسريح المخالف للموضوع

تنص المادة 73 مكرر 4 الفقرة الثانية على ما يلي:

" إذا حدث تسريح العامل خرقا لأحكام المادة 73 أعلاه يعتبر تعسفيا، تفصل المحكمة المختصة ابتدئيا و نهائيا 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 أشهر من العمل دون الإخلال بالتعويضات المحتملة".

رتب المشرع الجزائري وفقا للنص القانوني المذكور الجزاء المترتب عن قيام صاحب العمل بتسريح العامل بصفة تعسفية وذلك بتقرير أولا أن كل تسريح لا يستند إلى القواعد الموضوعية السارية في مجال التسريح التأديبي يعتبر تعسفيا فقيام صاحب العمل بتسريح العامل لم يرتكب أي خطأ جسيم أو دون مراعاة المعايير المنصوص عليها بموجب المادة 73 مكرر 1 من القانون 90/11 في وصف الخطأ الجسيم فإنه يعتبر تسريحا تعسفيا و بالنتيجة فإنه يفتح الحق للعامل للجوء أمام القضاء عن طريق دعوى إلغاء قرار التسريح التعسفي وذلك بعد استفادته كل طرق التسوية الودية سواء تعلق الأمر بالتسوية الودية

-العلاوات المرتبطة بانتاجية العمل و نتائجه.

²-ملف رقم 159386 قرار مؤرخ في 10/3/1998، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 1998، ص 101.

الداخلية للنزاع، أوتسوية النزاع أمام مكتب المصالحة بعد حصوله إلزاميا على محضر عدم المصالحة لقبول الدعوى شكلا¹.

مع الإشارة أن التعديل الأخير الذي تعرضت له المادة 73 بموجب المادة 9 من الأمر 21/96 لم ينص صراحة على دعوى إلغاء قرار التسريح التعسفي و إنما اكتفى بالتنصيص فقط على الأثر القانوني المترتب عليها ألا و هو إعادة إدماج العامل، و عليه فان التساؤل المطروح حول طبيعة إدماج العامل، هل هو إلزامي أم اختياري لصاحب العمل؟ .
ان القضاء عند تعرضه لدعوى التسريح التأديبي يكون أمام حالتين ألا وهما: حالة التصريح بإعادة إدماج العامل المسرح في منصب عمله وما يترتب للعامل من حقوق مكتسبة، أوحالة الإتفاق بعدم الإدماج ويترتب عن ذلك تحديد تعويض نقدي للعامل لجبر الضرر الذي لحقه بالإضافة الى حقوق أخرى.

أولاً: الحكم الصادر بإعادة إدماج العامل في منصب عمله (التعويض العيني)

إذا ثبت للقضاء عند تناول دعوى إلغاء قرار التسريح التعسفي أن صاحب العمل أصدره دون مراعاة الضوابط الموضوعية وتمسك العامل بحقه في الرجوع إلى منصب عمله فإن المحكمة عملا بالمادة 73 مكرر 4 الفقرة الثانية تصدر حكم ابتدائي نهائي بـ:
إعادة إدماج العامل، والإحتفاظ بامتيازاته المكتسبة.

1-أولوية إعادة إدماج العامل:

يظهر من خلال نص المادة 73 مكرر 4 الفقرة الثانية ان الأصل او المبدأ هو الأخذ بإعادة ادماج العامل قبل المرور الى التعويض المالي .
ان عملية الصلح أمام القضاء التي أجازها المشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية يمكن أن تشكل أهمية خاصة، نظرا لمحاولة القاضي السعي وراء المستخدم ليعيد إدماج العامل المسرح تعسفيا من خلال مواجهة كل من العامل والمستخدم أمام هيئة رسمية مهمتها تحقيق العدالة بين المتقاضين،وقد تقضي هذه المحاولة إلى قبول صاحب العمل طلب العامل في الرجوع إلى وظيفته، لكن تبقى الطبيعة الإختيارية لإعادة الإدماج وتصلب

¹-عجة الجليلي،الوجيزفي قانون العمل و الحماية الإجتماعية،دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الجزائر،2005،ص203و204.

موقف أصحاب العمل في هذا المجال لعلمهم المسبق بقلة التعويضات المحكوم بها في هذا الشأن تشكل عراقيل أمام القاضي لإنجاح مهمته¹.

كما ان الصلح القضائي له أهمية في تعزيز الحماية الوظيفية للعامل ، رغم قلة الحالات التي ينجح فيها على اعتبار انه يتم في الوقت الذي تصبح فيه علاقة العمل منتهية، لا يستطيع القاضي بحكم القانون إعادة بعثها من جديد وبالتالي المحافظة على استمرارها ، لكن رغم ذلك لا يمكن تغييب قيمة وأهمية الصلح الذي يجريه القاضي في هذا المجال رغم أن المشرع لم يحل إليه صراحة على اعتبار ان هدفه الأول هو حماية العامل الطرف الضعيف في هذه العلاقة وبدرجة اقل حماية الحرية التعاقدية للطرفين².

2- الاحتفاظ بامتيازات المكتسبة:

لقد تم استحداث مفهوم الامتيازات المكتسبة بموجب التعديل الأخير الوارد على المادة 73 مكرر 4 بعد أن كانت الحقوق المادية المطالب بها من طرف العامل هي الأجر و ملحقاته³.

أ- تعريف الامتيازات المكتسبة :

إن مصطلح الحقوق أو الامتيازات المكتسبة جديد في التشريع الجزائري وقد أخذه من التشريع الفرنسي ومن ثم يتعين الرجوع إلى كل من قانون العمل والاجتهاد الفرنسيين للوقوف عند تعريف واضح، حيث يعرف الاجتهاد القضائي الفرنسي الامتيازات المكتسبة بأنها "مجموعة الامتيازات الفردية و الجماعية المنصوص عليها اما في القانون أو في التنظيم، أوفي عقد العمل أو في الاتفاقية الجماعية و هي واردة على سبيل المثال كتلك

¹ - بشير هادفي ، تعويض التسريح من العمل بسبب تغير الوضعية القانونية للمؤسسة المستخدمة و دوره في جبر الضرر، مرجع سابق ، ص 131.

² - بشير هادفي ، المرجع نفسه، ص 132.

³ - ياسين بن صاري، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري ، مرجع سابق ،ص: 62.

الناجمة عن حالة المرض لأومومة ، مختلف العطل و العلاوات، استعمال سيارة المصلحة، السكن الوظيفي"¹.

وعن الإشكال المطروح بخصوص مدى ارتباط الأجر بالحقوق المكتسبة علما أن الأجر يعتبر حقا للعامل مقابل العمل المؤدى وفقا للأحكام المادة 80 من القانون مقابل ذلك، لا يمكن افادة العامل باجر عن فترة لم يباشرفيها أي عمل طبقا للمادة 53 من نفس القانون المذكور أعلاه؟.

اخذ قضاء المحكمة العليا بنفس موقف القضاء الفرنسي² حيث جاء في قرارها الصادر في 2000/01/18 : "...حيث انه إذا كان القانون يسمح للقاضي بالتصريح بإلغاء قرار التسريح عند مخالفة القواعد الإجرائية الإلزامية فانه نص كذلك على أن جزاء مخالفة المادة 73 من قانون 29/91 هو إدماج العامل في منصب عمله في حالة المطالبة بذلك مع احتفاظه بالامتيازات المكتسبة، حيث انه ما يمنح للعامل في هذه الحالة بالذات أي عند الحكم بإعادة الإدماج بسبب الطابع التعسفي للتسريح ليس تعويض وإنما الأجر المتعلقة بالفترة التي لم يعمل فيها بسبب المستخدم وكذلك مستحقات الأجر و الامتيازات العينية التي يكون قد استفادة منها"³.

وبالنتيجة فان اعادة الادماج الفعلي للعامل في جميع الحالات يمنحه الحق في جميع المرتبات أو الاجور المطابقة للفترة التي لم يعمل فيها بسبب المستخدم و كذا في ملحقاتها كامتيازات العينية التي سبق له الاستفادة منها.⁴

1-نقلا عن :عبد السلام ديب ، الحلول القضائية للمشاكل المترتبة عن تطبيق نص المادة 73 - 04 من قانون 90-11، مرجع سابق ، ص 27.

²-يمكن القول أن محكمة النقض الفرنسية استقرت منذ 1987 على اعتباران الحق المكتسب يتعلق بحق قائم ذي طابع مستمر و دوري،عكس الامتيازات العالقة بوقوع واقعة معينة كالنقاعد مثلا ، كما أن العامل خلال فترة وقف أو تعليق علاقة العمل غير مسؤول عن عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية(قطع علاقة العمل بدون سبب جدي أو تحقيق من رب العمل) ولذلك فان الأجر يدخل ضمن مفهوم الامتيازات المكتسبة،وهي مسألة تبدو أكثر أهمية وفيها مصلحة للعامل الضعيف.ياسين بن صاري ، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري،مرجع سابق، ص :63.

1- ملف رقم 182539 قرار مؤرخ في 2000/1/18،المجلة القضائية، العدد الثاني،2001، ص41.

2- زهية اسعد، مرجع سابق ، ص 49.

ب-كيفية تقرير الإمتيازات المكتسبة:

-أفضلية التفصيل القضائي للإمتيازات المكتسبة

لا يمكن اكتفاء الحكم القضائي بعد تقرير أحقية العامل المسرح بطريقة تعسفية في الاحتفاظ بحقوقه المكتسبة بتضمين منطوقه هذه العبارة فقط دون اعطاء تفصيل دقيق وواضح عن هذه الامتيازات و دون خاصة تقييمها نقداً،و ذلك نظرا لما قد ينجم عن هذا الاغفال من صعوبة حقيقية وأكيدة في تنفيذ هذا الحكم طالما أنه في هذه الحالة الاخيرة لايعرف ما هو عدد و نوع الامتيازات التي كان يستفيد منها العامل فعليا علما كما سبق القول أنها تختلف من فئة لآخرى او بالاحرى من عامل لآخر(عامل في منصب سامي تختلف امتيازاته المكتسبة عن عامل بسيط)،و لا يعرف ايضا قيمتها النقدية والأثرالمباشر لذلك هو اطالة امد اجراءات التقاضي على اعتبار أنه يتعين غلى العامل المستفيد الرجوع في هذه الحالة أمام نفس الجهة القضائية عن طريق دعوى تفسيرية¹.

-تقرير الحقوق المكتسبة بطلب العامل المعني:

من جهة أخرى، حتى وان كانت الامتيازات المكتسبة في الحقيقة حقوقا مكرسة قانونا،وحتى و ان كان العامل يستفيد منها بموجب علاقة العمل التي كانت قائمة قبل ان يضع لها حدا صاحب العمل بطريقة تعسفية،الا ان القضاء طبقا لمبدأ عدم الحل محل الاطراف في طلباتهم،يتعين على هؤلاء أن يبادروا خلال سريان دعوى الرجوع الى تقديم طلباتهم المتضمنة أحقيتهم في الاستفادة من الحقوق المكتسبة بموجب علاقة العمل القائمة بين الطرفين مع تفصيلها نوعا ونقدا و اثبات الاستفادة منها قبل التسريح،فالقاضي مقيد

3-ياسين بن صاري،التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري،مرجع سابق،ص 68.

بمحتوى الطلب و لايسوغ له أن يحل محل العامل المتقاضي للتعبير عن طلبه، كما لا يجوز له أن يمنحه أكثر مما طلب¹، و هو ما اكده الإجتهد القضائي للمحكمة العليا².

ثانيا:الحكم الصادر بعد ابداء الرغبة بعدم ادماج العامل في منصب عمله(التعويض النقدي)

لقد نظمت المادة 73مكرر 4 الفقرة الثانية الاثار المترتبة على ابداء الرفض باعادة ادماج العامل في منصب عمله بالنص على أنه اذا رفض أحد الطرفين سواء كان صاحب العمل او العامل فانه يتعين على المحكمة في هذه الحالة أن تصدر حكما ابتدائيا و نهائيا بالزام صاحب العمل بـ:

دفع تعويض مالي لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه العامل عن مدة 6 أشهر من العمل،
ودفع تعويضات عن الاضرار المحتملة.

1-جواز إتفاق الأطراف على عدم الإدماج كاستثناء

ان التعديل الجديد¹ الذي جاءت به المادة 9 من الأمر 21/96 ترك الأمر للطرفين صاحب العمل و العامل الأجير في رفض استمرار علاقة العمل و الإتفاق على عدم اعادة

¹-مصطفى قويدري،العزل او الفصل التأديبي في ضوء الفقه و القضاء،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية والسياسية،العدد الثاني،الجزائر،2004،ص55.

²-وقد وردت في القرار الصادر في 2000/1/18 الحثيئين التاليين:"...حيث تنتقد الطاعنة الحكم المطعون فيه على كونه قضى بمنح تعويض قدره 150.000دج للمطعون ضده بينما كان قد طلب تعويضا قدره 80000دج وبالتالي قضت بأكثر مما طلبه المطعون ضده نفسه و في هذا تجاوز للسلطة.
لكن حيث أن ما تتمسك به الطاعنة لا يعد وجها من أوجه الطعن بالنقض وانما وجه من أوجه الالتماس باعادة النظر وفقا للمادة 2/194 من ق.ا.م مما يجعل هذا الوجه غير سديد..."ملف رقم 182539 قرارمؤرخ في 2000/1/18، مرجع سابق.

الإدماج دون تقديم اي تبرير، وأصبح إلغاء قرار التسريح الصادر تعسفيا في حق العامل لا يعني بالضرورة رجوع العامل إلى منصب عمله، يعود ذلك الى رغبة المشرع في إعطاء أكثر مرونة لعلاقات العمل بالنظر إلى الظروف الاقتصادية التي كانت تمر بها المؤسسات الاقتصادية عند صدور التعديل (خصوصة بعضها) وعليه اصبحت هذه التقنية تسمح لصاحب العمل الاستغناء عن أي عامل يرفض إعادته في منصب عمله الأصلي لاعتبارات هو غير مجبر على تبريرها، لذلك يرى البعض أن عدم رضا المسيرين على تطبيق المادة 73 مكرر 4 قبل تعديلها هو وراء هذا التعديل الجديد الذي خول أصحاب العمل صلاحيات أوسع و أصبح بإمكانهم الاعتراض على إرجاع العامل المسرح تعسفيا²، كما أنها تسمح للعامل الأجير الذي أصبح لا يرغب في أن تجمعه من جديد علاقة عمل مع نفس المستخدم

¹ - كان النظام القانوني السابق (المادة 39 من الأمر 75-31 السابق الذكر) يلزم أصحاب العمل في حالة التسريح التعسفي إعادة إدماج العامل في منصب عمله، ولا يكون في ذلك لأطراف العلاقة التعاقدية أي اختيار حتى و إن كانت الرغبة الباطنة هي عكس ذلك، و هكذا اعتبرت إعادة الإدماج من النظام العام و حكم القاضي الجزائري بها دون أن يطلب منه ذلك.

من ذلك ما جاء في قضية الشركة (ج، غ) ضد السيد (ح، م) فبالرغم من أن الشركة المدعية تمسكت عن طريق محاميها بوجه أول مأخوذ عن مخالفة القانون، بكون أن السيد (ح، م) طالب بتعويض تكميلي و أعابت على المجلس القضائي أنه فصل في موضوع لم يطلب منه و هو إعادة إدماج هذا العامل، بالرغم من ذلك أصدر المجلس الأعلى قرارا له في 10/06/1985 استنادا إلى أحكام القانون الأساسي العام للعامل قرر ما يلي: "... و بإعادة إدماج السيد (ح، م) إلى مركز عمله كان مجلس قضاء وهران بقراره مطبقا القانون عن صواب..."، ملف رقم 25687 قرار مؤرخ 10/06/1985 عن المجلس الأعلى، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1985، ص 67. هذه الطبيعة الإلزامية لإعادة الإدماج تفسر بالظروف السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية آنذاك، حيث كان ينظر إلى المؤسسة العامة التي كانت سائدة آنذاك على أنها أداة للتشغيل و امتصاص البطالة و عليه فقد تقرر إعادة إدماج العامل و لو كان زائدا عن العدد المطلوب. عطاء الله بو حميدة، تطورات المادة 73 من قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل وبعض إشكاليات تطبيقها، مرجع سابق، ص 165.

² - عبد السلام ديب، الحلول القضائية للمشاكل المترتبة عن تطبيق نص المادة 73 - 04 من قانون 90-11، مرجع سابق، ص 21.

الأصلي بسبب الضغوط المعنوية التي تعرض لها خلال وبعد اتخاذ قرار فصله عن العمل، أو فقط لأنه تحصل على منصب عمل آخر يناسبه خلال سير الدعوى¹.

ان تبرير موقف المشرع في هذا الإطار هو أنه لا طائل ولا فائدة من فرض إعادة الإدماج مع انعدام رغبة أحد الأطراف فيه، أو الاقتناع به طالما أن جو التوتروعدم الانسجام يظل سائدا في هذه الحالة، مع عدم استفادة العامل من رجوعه في ظل علاقة عمل قابلة للانهايار مرة أخرى، بل وبشكل أعمق من ذلك، مما يجعل العودة للعمل لا فائدة منها².

وعليه نلاحظ أن هذا التعديل في حقيقة الأمر هو في مصلحة المستخدم، ذلك انه كقاعدة هو ضد إعادة الإدماج ويفضل دفع تعويض على الاحتفاظ بشخص غير مرغوب فيه، خاصة في ظل الحد الأدنى للتعويض المقرر قانونيا، فقلة وزهده وتقديره القليل غالبا ما يدفع صاحب العمل إلى تفضيل اللجوء إلى القضاء ودفع المبلغ المحكوم به دون الرضوخ إلى محاولة الصلح سواء الذي تجريه مكاتب المصالحة أو الذي يحاول إجراؤه القاضي أثناء سير الدعوى³، وهكذا تحولت طبيعة إعادة الإدماج من الإيجابية إلى الاختيارية .

أ- تكريس القضاء للحق في رفض إعادة الإدماج:

جسد اجتهاد المحكمة العليا حق الإتفاق على رفض إعادة الإدماج من خلال نقض القرار الذي ألزم صاحب العمل بإعادة ادماج العامل إلى عمله رغم رفضه⁴ .

¹-ياسين بن صاري ، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري ،مرجع سابق،ص70.

²-بشيرهادفي التعويض عن التسريح من العمل بسبب تغير الوضعية القانونية للمؤسسة المستخدمة ودوره في جبر الضرر ، مرجع سابق ، ص 131.

⁴-تنص المادة 4 من قانون 08-09 السابق الذكر:«يمكن للقاضي اجراء الصلح بين الأطراف أثناع سير الخصومة في أية مادة كانت.»

⁴-مبررا موقفه على النحو التالي: " ...من المستقر عليه قضاء انه يشكل إلتزام رب العمل الذي يرتكب فعلا غير قانوني باحتفاظ بالعامل أو إرجاعه إلى منصب عمله التزم بعمل يستحيل تنفيذه قهرا و يتم حسمه على شكل تعويضات طبقا للأحكام المادة 176 من القانون المدني، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للمبادئ القضائية المستقر عليها..... "ملف رقم 41112 المؤرخ في 1990/05/28 الصادر عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 1992، ص: 117.

ب- التقييد القضائي الزمني لحق رفض إعادة الإدماج:

ان حق ابداء الدفع بعدم الرغبة في الارجاع أو رجوع العامل الى منصب عمله و ان كان مقرر قانونا لفائدة طرفي عقد العمل، الا أن الاشكال المطروح يتعلق بفترة الافصاح عنه و التعبير عن هذا الرفض¹.

في غياب نص قانوني صريح فان التسلسل المنطقي للاجراءات يكون من تاريخ اتخاذ المستخدم قرار فصل العامل تأديبيا عن منصب عمله اذ يقتضي الافصاح عن الرغبة في عدم استمرار علاقة العمل بين الطرفين طالما أن القانون يسمح بذلك خلال سريان دعوى الغاء قرار التسريح التعسفي و قبل قفل باب المرافعة.ويجب ابداء هذا الرفض بكيفية لا لبس فيها في شكل دفع حيث يتم التعبير عن الرغبة في الرفض أثناء تبادل المذكرات الجوابية،وبالنسبة لصاحب العمل فان رفضه هذا لا يلزم أن يكون عن طريق دعوى أو طلب مقابل،ولا يجوز بأي حال من الأحوال انتظار صاحب العمل مثلا الى غاية شروع العامل في تنفيذ الحكم القاضي باعادة ادماجه في منصبه لابدائه بصفة مبتدئة،لان هذا الرفض يفتح الحق للعامل للإجبار على التنفيذ عن طريق التهديدات المالية القانونية².

وفي قرار أخرجاء فيه " ... و الحال في الدعوى أن الطاعنة أكدت على رفضها إرجاع المطعون ضده ، من ثم يكون قاضي الموضوع قد أخطأ في تطبيق المادة 73 مكرر 4 ف2 لما قضى بإلزام الطاعنة بإعادة دمج العامل المطعون ضده إلى منصب عمله مما يعرض حكمه للنقض...". ملف رقم 194969 قرار مؤرخ في 06/06/2000 الصادر عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا،قرار غير منشور.

وأیضا في قرار آخر حيث جاء فيه : "... حيث انه في دعوى إلغاء قرار التسريح التعسفي ، إذا توصلت المحكمة إلى أن تسريح العامل جاء تعسفيا ، فان المحكمة ملزمة قانونا بالفصل في الطلب الاحتياطي المتعلق برفض احد الطرفين رجوع العامل إلى منصب عمله ،ولا يمكنها إغفاله والإلتفات عنه ".ملف رقم 295696 قرار مؤرخ في 13/04/2005 الصادر عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ،قرار غير منشور.

كما قررت المحكمة العليا ما يلي : "...ان تعبير المؤسسة صراحة عن رغبتها في رفض إعادة العامل إلى منصب عمله أثناء سير الدعوى يلزم القاضي اخذ هذا الطلب بعين الاعتبار مع منح تعويض للعامل المسرح تعسفيا ...". ملف رقم 327214 قرار مؤرخ في 01/2/2006 الصادر عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ،قرار غير منشور.

2-ياسين بن صاري،التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري،مرجع سابق،ص71.

1-عبد السلام ديب ، الحلول القضائية للمشاكل المترتبة عن تطبيق نص المادة 73 - 04 من قانون 90-11 ،مرجع سابق،ص29.

ولكن لوحظ أن المؤسسات المستخدمة غالبا لا تشغل هذه الامكانية المخولة لها ظنا منها و عن خطأ أن ذلك النص يمنحها الحق في معارضة تنفيذ اعادة العامل الى منصب عمله و هو موقف مضر بها؛ فسلطتها في الرفض ليست مطلقة بل هي مقيدة زمنيا¹ ، فيشترط ان يتم ابداء الرفض في الوقت الملائم كما بيناه.

وهو الموقف الذي أكدته المحكمة العليا حيث جاء في احد قراراتها: "... حيث كان له الخيار بين الرجوع الى العمل أو المطالبة بالتعويض أثناء سير الدعوى قبل الفصل فيها ...".²

ويبدو من هذا التأويل القضائي لنص المادة 73 مكرر 4 في فقرتها الثانية ان القضاة قيدوا حرية الاطراف بالزامهم بما لم يشترطه النص القانوني ذاته.³

ج- الأثر المترتب على عدم احترام المستخدم لفترة ابداء الرغبة في رفض اعادة الإدماج

ان رفض المستخدم تنفيذ الحكم القضائي باعادة الادماج بعد صدوره يخول العامل رفع دعوى جديدة أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت هذا الحكم.

حيث يفتح له الحق في الغرامة التهديدية أو المطالبة بالتعويض المنصوص عليه في القواعد العامة ، وهو ما اكده فقه القضاء في عدة قرارات نذكر منها قراره الصادر في 2005/3/16⁴، على اعتبار أن القضاة أساءوا فهم طبيعة هذا التعويض في أول الامر و قبل صدور هذا القرار.

2-بن عزوز بن صابر، الإجراءات المتبعة أمام القسم الإجتماعي في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق، ص77.

³-ملف رقم 450715 قرار مؤرخ في 2008/4/9، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2008، ص 443.

4-"La position de la chambre sociale est critiquable en premier lieu en ce sens que par son interprétation de l'alinéa 2 de l'article 73/4 dans sa dernière formulation ,elle avait limité le droit de refuser la demande de réintégration formulée par le travailleur licencié au plus tard le jour du prononcé du jugement définitif alors que seul le législateur pouvait limiter l'exercice d'un droit qu'il avait consacré", YAICI BOUALEM, L'astreinte dans l'exécution du jugement de réintégration du travailleur, In revue de la cour suprême ,N⁰1 , 2005.P:56-59.

⁴-الذي جاء فيه: "... ان التعويض عن رفض تنفيذ حكم قضائي قضى بارجاع العامل الى منصب عمله يخضع للسلطة التقديرية للقاضي و يمنح وفقا للقواعد العامة و ليس وفقا للمادة 73 مكرر 4 فقرة الثانية أي ليس وفق تعويض 6 أشهر من العمل...، ملف رقم 288364 قرار مؤرخ في 2005/3/16 عن الغرفة الإجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور .

وفي اجتهاد اخر صادر في 2009/5/6¹، اعتبر أن المادة 340 من قانون الاجراءات المدنية الملغى هي الواجبة التطبيق في حالة امتناع المستخدم عن تنفيذ حكم أمر باعادة ادماج العامل في منصب عمله.

د- مدى نجاعة الغرامة التهديدية في الزام المستخدم على تنفيذ الحكم القاضي باعادة الإدماج:

ان الغرامة التهديدية يمكن أن تشكل طريقة اوسبيلا ناجحا في فرض اعادة ادماج العامل وتحقيق النجاعة في تطبيق الحكم القضائي بها، فهي وسيلة ضغط غير مباشرة لحمل صاحب العمل على التنفيذ، لعدم وجود وسائل قانونية أخرى من شأنها تحقيق الوفاء بالالتزام دون اكراه الا فيما يتعلق بالتعويض المالي الذي اعتمده المشرع كحل بديل لجبر الضرر الحاصل الا أن هذا التعويض يظل غير كاف بالنظر الى الاثار السيئة التي تترتب عن التسريح، وما يعزز أهمية الغرامة التهديدية أن المشرع قرر بنص المادة 34 في فقرتها الثانية من قانون 90-04، أن يبدأ تنفيذ الغرامة التهديدية من تاريخ انقضاء مهلة الوفاء المحددة بـ 15 يوما²، وأولى الإختصاص في الحكم بغرامة التهديد لرئيس القسم الاجتماعي بالمحكمة بدلا من قاضي الاستعجال ربما لاحاطة الاول بكل عناصر النزاع و من ثم قدرته على

²- وفقا لهذا الاجتهاد فان القاضي يحكم حسب الحالة و حسب الطلب المقدم من العامل اما بتنفيذ الحكم تحت طائلة غرامة تهديدية او بالتعويض طبقا للقانون المدني، ولا يطبق اطلاقا نص المادة 73 مكرر 4 الفقرة الثانية من القانون 90-11 طالما أن الامر يتعلق في هذه الحالة بعدم تنفيذ حكم قضائي حيث جاء في احدي حيثياته: "...في حين أن في حالة الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي بتنفيذ التزام بعمل فان الاجراءات المنصوص عليه في المادة 340 من قانون الاجراءات المدنية هي الواجبة التطبيق. ويامر القاضي حسب الحالة و اذا ما طلب منه ذلك سواء بالزام الممتنع بتنفيذ الحكم تحت طائلة الغرامة التهديدية المنصوص عليها في المادة 39 من القانون 90-04 أو يقضي بالتعويض طبقا لاحكام القانون المدني، وبالتالي لا تجد المادة 73 مكرر 4 الفقرة الثانية مجالا للتطبيق في دعوى الحال طالما أن رفض ارجاع العامل الى منصب عمله المنصوص عليه في هذه المادة لا يكون بعد صدور حكم قضائي يقضي باعادة الارجاع و انما خلال مراحل التقاضي الاولى و قبل الفصل في مسألة التسريح. ويقضائه كما فعل فان قاضي الدرجة الأولى أخطأ في تطبيق القانون وعرض بذلك حكمه الى النقض و الابطال...". ملف رقم 474154 قرار مؤرخ في 2009/5/6، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009، ص 399-402.

1- بشير هادفي، الحماية الوظيفية والإقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري، مرجع سابق، ص 249.

ادراك الصعوبات التي تنشأ عن التنفيذ، والسبل الكفيلة بمعالجته، كما ان اختصاصه النوعي من النظام العام وفق الاجتهاد القضائي.¹

هـ- الطرق البديلة لاجبار المستخدم على تنفيذ الحكم القاضي باعادة الإدماج:

أمام صعوبة تنفيذ الاحكام الاجتماعية بصفة عامة، وأحكام الرجوع بصفة خاصة التي معظمها تبقى حبرا على ورق نتيجة تعنت أصحاب العمل ورفضهم اعادة الادماج² رغم سعي النقابة و طرحها لهذا المشكل في العديد من لقاءاتها و لا سيما في اجتماع 25-26-1995/6/29 التي انتهت بالتزام الحكومة بضمان تنفيذ الأحكام الا انها لم تحترم التزامها في هذا المجال³ وطالما ان نص المادة 73 مكرر 4 لا يوفر حماية كافية فعالة للعامل في مواجهة المستخدم⁴، لذلك يقترح بعض الباحثين الأخذ بمضمون المادة 138 مكرر من قانون العقوبات الجزائري التي تعاقب كل من يرفض او يوقف او يمتنع عمدا عن تنفيذ حكم قضائي⁵.

2- دفع تعويض مالي لا يقل عن الاجر الذي يتقاضاه العامل عن مدة 6 أشهر من العمل:

أ- التقدير القانوني للتعويض طبقا للمادة 73 مكرر 4 من قانون 90-11:

يقتضي المبدأ العام للتعويض المستحق للمتضرر ان يكون كاملا و مطابقا للضرر، حيث يعيد وضعية المتضرر وعلى نفقة المتسبب في الضرر الى ذات الوضع الذي يصبح

²- ملف رقم 240430 قرار مؤرخ في 11/07/2000 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، 2001، ص 191.

³- وردية فتحي، الرقابة القضائية على الإنهاء الإقتصادي لعقد العمل، دراسة مقارنة الجزائر-فرنسا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2002-2003، ص 155.

³- فطمة نبالي معاشو، ازالة التنظيم في قانون العمل وحماية العمال المسرحين لاسباب اقتصادية، مرجع سابق، ص 250.

⁴-سمية بدر الدور ولهاصي، حق العامل في الإستمرار في علاقة العمل وحقه في السلامة الجسدية في ظل التحولات الاقتصادية، مجلة العلوم القانونية والادارية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، العدد الثاني، الجزائر، افريل 2006 ص: 120-127.

⁵- المادة 138 مكرر من قانون 01-09 مؤرخ في 26 جوان 2001 يعدل ويتم أمر 66-156 يتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 34 لسنة 2001: "كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو امتنع أو اعترض أو عرقل عمدا تنفيذه يعاقب بالحبس من 6 اشهر الى 3 سنوات وبغرامة مالية من 3000 دج الى 5000 دج".

فيه لولا وقوع الضرر، إلا أن خصوصية علاقات العمل استدعت أن يأخذ المشرع بالتعويض العادل الذي يراعي إلى حد معقول المصلحة الاقتصادية للعامل¹، وفي هذا الصدد ينبغي التأكيد على أن منح التعويض المالي يعتبر استثناء على المبدأ العام الذي يتمثل في التعويض العيني المكرس باعادة الادماج في حالة المطالبة به، فالأولوية لهذا الأخير². والملاحظة التي يمكن ابدائها عند استقراء نص المادة 73 مكرر 4 الفقرة الثانية هو أن المشرع قد وضع حد ادنى للتعويض عن التسريح التعسفي لا يقل عن مدة 6 أشهر من الأجر الذي يتقاضاه العامل محل التسريح.

ب- سلطة القاضي في اعادة تقدير التعويض:

حاول المشرع تحقيق العدالة في التعويض و تأمين الحماية الاقتصادية للعامل الذي لم يرتكب خطأ جسيماً، وذلك من خلال عدم اللجوء إلى وضع حد أقصى لهذا النوع من التعويض ومن ثم أطلق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع للزيادة من مقدار التعويض عن الحد الأدنى المقرر قانوناً حسب طبيعة الضرر والأحوال والظروف التي يتحقق معها وقوعه دائماً³.

3- دفع تعويض عن الاضرار المحتملة:

يبدو أن المشرع الجزائري أدرج ضمن المادة 73 مكرر 4 عبارة الأضرار المحتملة لكن دون تقديم أي مفهوم واضح و صريح لها. بالرجوع إلى القواعد العامة في المسؤولية، فإن الحق في التعويض لا يقوم إلا بقيام عناصرها ألا وهي الخطأ، الضرر، العلاقة السببية بينهما، وطالما أن التعويض المدني لا ينصب سوى على الضرر الحال فإن مفهوم الضرر المحتمل الذي يعتمده المشرع من وراء المادة 73 مكرر 4 ينصرف إلى مفهوم تفويت الفرصة بحيث إن هذه الأخيرة و إن كان تحققها أمراً محتملاً، فإن تفويتها يعتبر أمراً محققاً، ومن ثم يتعين جبر الضرر اللاحق بالعامل

¹- بشير هادفي، التعويض عن التسريح من العمل بسبب تغير الوضعية القانونية للمؤسسة المستخدمة و دوره في جبر الضرر ، مرجع سابق ،ص 127.

²- مصطفى قويدري، العزل أو الفصل التأديبي في ضوء الفقه و القضاء ، مرجع سابق، ص 54.

³- وقررت المحكمة العليا بدورها بأنه: "... لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تحديد التعويض المنصوص عليه في المادة 73 مكرر 4...". ملف رقم 160726 قرار مؤرخ في 14/4/1998، نشرة القضاة، العدد 55، الجزائر، 1999، ص 190.

المسرح نتيجة فقدانه لمنصب عمله مع كل ما ينجم عن ذلك من أضرار مادية أو معنوية، كالصعوبات التي قد تعترضه في إيجاد منصب عمل آخر، مدة بقائه في البطالة.... الخ، ويتعين على العامل في جميع هذه الحالات اثبات هذا الضرر وفقاً للقواعد العامة للثبات، طالما أنه يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب (المادة 182 من القانون المدني)، وهذا التعويض بدوره يخضع لتقديره لقاضي الموضوع ولا رقابة عليه من المحكمة العليا طالما أنه من مسائل الواقع وليس بمسألة قانون¹.

وظل التساؤل المطروح حول مدى ادخال التعويض عن الضرر المعنوي ضمن التعويضات المحتملة؟ .

يمثل التعويض عن الضرر المعنوي وفقاً للحكم الوارد في القانون المدني " كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"²، والضرر المعنوي هو كل " ضرر لا يمس بالذمة المالية للشخص و إنما يسبب فقط ألماً نفسياً و معنوياً، لان فيه مساس بشعور الانسان و عواطفه أو شرفه أو عرضه أو كرامته أو سمعته أو مركزه الاجتماعي"³.

طالما ثبت الطابع التعسفي للتسريح دون ارتكاب الخطأ الجسيم، تتحقق شروط التعويض عن الضرر المعنوي، وهي ذات الشروط المطلوب توفرها في التعويض عن الضرر المادي⁴.

¹-ياسين بن صاري، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري، مرجع سابق، ص 73.

²-انظر: المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري، المضافة بقانون 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يتضمن القانون المدني، معدل و متمم، الجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 2005.

³-عدنان ابراهيم السرحان، الضرر و تعويضه وفق أحكام الفعل الضار في القانون المدني الأردني و قانون المعاملات المدنية لدول الإمارات العربية المتحدة، دراسة على ضوء الفقه الإسلامي، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة السادسة، العدد الثاني، الإمارات العربية المتحدة، 1998، ص 141.

2- تتمثل هذه الشروط في:

-تحقق وقوع الضرر، أو عندما يتأكد وقوعه في المستقبل.

-وجود علاقة سببية بين الخطأ و الضرر.

-المساس بمصلحة مشروعة للمتضرر.

3- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، دارالهدى، الجزائر، 1992، ص 170.

4- تنص المادة 6 من قانون 90-11 السابق الذكر: «يحق للعمال أيضاً، في إطار علاقة العمل، ما يأتي:

-التشغيل الفعلي،

وتبعاً لذلك إذا كان المشرع لم ينص صراحة على التعويض عن الضرر المعنوي ضمن الحكم الوارد بنص المادة 73 مكرر 4 السابق الإشارة إليها، ولم يفرد حكماً خاصاً به، فإن ذلك لا يمنع قاضي الموضوع من الحكم به حسب طبيعة النزاع ودرجة الضرر الحاصل، وبالتالى إمكانية دمج الضررين معاً وتقديرهما بغير تخصيص لكل منهما¹.

حيث لم يضع المشرع تسقيفاً عن الضرر المادي المترتب عن التسريح التعسفي، كل ذلك من شأنه توسيع دائرة الحماية الاقتصادية المقررة للعامل، لاسيما من خلال المادة السادسة من قانون 90-11 في الفقرة الثانية منها التي تلزم صاحب العمل باحترام السلامة البدنية والمعنوية للعامل².

وما تجدر الإشارة إليه أنه بعد انتهاء علاقة العمل التي تربط صاحب العمل بالعامل، فإن الأخير ملزم بأن يقدم للعامل شهادة عمل³ و يمضي له رصيد الحساب⁴، وهو أيضاً ملزم باحترام مهلة الإخطار⁵.

-احترام السلامة البدنية و المعنوية و كرامتهم ...».فطالما ان التسريح التعسفي او غير المشروع فيه مساس بالسلامة المعنوية و كرامة العامل فيمكنه المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عنه بصفته ضرر معنوي.

³-أحمد حسن البرعي، الوجيز في القانون الاجتماعي، "قانون العمل و التأمينات الاجتماعية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 535

⁴ - HELENE ROUX , Document établis à la rupture du contrat du travail, Jurisclasseur du droit du travail , n4,fascicule10,1992, P08.

⁵-أنظر:نواح محمد الأحمد، انتهاء وتعديل عقد العمل غير محدد المدة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص 60.

وأنظر كذلك: ملف رقم 29691 قرار مؤرخ في 1983/4/4 الصادر عن المجلس الأعلى، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1989، ص 177.

الخاتمة:

إن التسريح التأديبي كصورة من صور انهاء عقد العمل غير المحدد المدة هو حق لصاحب العمل، للمحافظة على السير الحسن لمؤسسته، يستوجب بالضرورة وجود حماية خاصة تحقق المساواة الفعلية بين طرفي علاقة العمل وتستهدف بالدرجة الأولى ضمان استمرارية علاقة العمل وتحقيق الاستقرار الوظيفي وأمن العامل .

حاول المشرع تجسيد ممارسة هذا الحق من خلال التعديلات التي طرأت على قانون علاقات العمل ، وأصبحت ممارسته مقيدة و ليست مطلقة كما كانت من قبل، فتدخل المشرع لينظمه حين أقر جملة من الشروط او القواعد الشكلية والموضوعية، و ألزم عليه احترامها عند ممارسته لسلطته التأديبية و إلا أضفي على تصرفه صفة عدم المشروعية وتعرض لجزاءات.

إن نظام التسريح التأديبي مما لاشك فيه له آثار سلبية على العامل سواء من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية، وحتى النفسية لان تسريح العامل لا يؤدي فقط الى فقدانه منصب عمله، وإنما الى اقصاءه هو وعائلته من الحياة الاجتماعية.

كان للقضاء دور هام ومحوري في مجال معالجة النزاعات العمالية بصفة عامة، و موضوع التسريح التأديبي بصفة خاصة ، مع كل الصعوبات الي تواجهه في معالجة اوالتصدي لهذه النزاعات، نظرا لحدائة النظام من جهة وعدم استقرار نصوصه من جهة أخرى بسبب التعديلات التي طرأت عليه منذ 1990 كلها جاءت بنصيب وافر من الغموض و سوء صياغة النصوص القانونية الى جانب الثغرات او الفراغات القانونية أو الاشكالات التي ميزت أنجمت لاسيما عن تطبيق المادة 73، ورغم المحاولات العديدة و المتميزة للاجتهاد القضائي قصد تقويم هذا النظام القانوني وتوسيع مجال الضمانات المقررة للعامل بغية اعادة تحقيق التوازن المفقود بين طرفي العلاقة، إلا أن تدخل المشرع من جديد قصد سد النقائص التي تم استخلاص البعض منها ضروري وهام لنجاعة و فعالية الحماية المقررة للعامل.

كاعطاء تعريف للتسريح التأديبي وتنظيم هذا النظام المتميز موضوعا واجراء لسد الفراغ وغلق الباب أمام التأويلات المختلفة التي ينعكس البعض منها سلبا على مصلحة العامل واستقراره الوظيفي، وضبط المصطلح لتقادي اختلاطه مع الأنظمة القانونية الأخرى لانهاء علاقة العمل.

من الأنسب أن يبادر المشرع برفع كل لبس أوغموض ينطوي عليه مضمون نص المادة 73 لتأكيد حدود سلطة صاحب العمل في تكييف وتقدير مدى جسامة الخطأ، وتأكيد أن حالات الخطأ المهني الجسيم الواردة في المادة 73 على سبيل المثال لا الحصر القانوني، باضافة المشرع عبارة في المادة 73 لتصبح كالآتي: "...وعلاوة على الأخطاء الجسيمة ، التي يعاقب عليها التشريع الجزائي والتي ترتكب أثناء العمل ، وتلك الواردة في النظام الداخلي، تعتبر على الخصوص أخطاء جسيمة، يحتمل ان ينجر عنها التسريح التأديبي بدون مهلة العطلة وبدون علاوات الأفعال الآتية:....".

على أن السلطة التقديرية المطلقة أو الواسعة التي يتمتع بها هذا الأخير في المادة 73 قبل التعديل تم العدول عنها وتقييدها بنص المادة 73 مكررا 1 وهذا معناه الاعتراف للمستخدم بحق ممارسة سلطته التأديبية من خلال ادراج أخطاء جسيمة أخرى بموجب النظام الداخلي أي حتى خارج الحالات القانونية طالما أنها تؤثر على السير الحسن لمشروعه والمردودية الاقتصادية له، مع تقييده بوجوب احترام المعايير المنصوص عليها في المادة 73

مكرر 1 عند تقديره مدى جسامة الخطأ المرتكب من العامل، والإستعانة بما جاء في قانون الوظيفة العمومية بشأن اعتبار غيابات العامل كخطأ جسيم يستدعي تسريحه تأديبياً تحت رقابة القضاء.

على صاحب العمل عند صياغة النظام الداخلي أن لا يجعل من التسريح نتيجة آلية في حالة ارتكاب العامل لخطأ جسيم مثل ما هو منصوص عليه في المادة 73 بل يؤكد على تطبيق واحترام الظروف المخففة أو المعايير المنصوص عليها في المادة 73 مكرر 1 والتي تنقص من حدته، وتعتبرهم ضمانات قانونية تقي العامل من خطر التسريح التعسفي.

تعديل حكم الفقرة الثانية من المادة 73 مكرر 2 من قانون علاقات العمل بتوسيع مجال الدفاع عن العامل من خلال تغيير كلمة «اصطحابه» بـ«الدفاع عنه» مما يقتضي استعانتها باي شخص يختاره، اما نقابي او محامي او زميل.

يبدو التسلسل في الإجراءات التأديبية التي يجب على صاحب العمل القيام بها بموجب المادة 73 مكرر 2 لم يدرج بصفة منهجية مرتبة، ذلك أن الإجراء الخاص بإعلام العامل بإمكانية اختيار مساعد له يجب أن يسبق وجوب سماعه عن الأفعال المنسوبة إليه، و هذه المرحلة هي الأخرى تسبق بطبيعة الحال تبليغ العامل بقرار تسريحه مما يستوجب ضرورة إعادة النظر في النص بإعادة ترتيب الإجراءات التي تضمنها.

التأكيد على جماعية اتخاذ قرار التسريح التأديبي للعامل عوض القرار الإنفرادي لصاحب العمل في ذلك من خلال ادراج وجوب احالة العامل على مجالس التأديب في الاتفاقات والاتفاقيات الجماعية نظرا لأهمية هذه الأخيرة في تقليص وتفادي الانهاء التعسفي لعلاقة العمل.

تفادي الفراغ القانوني بشأن المؤسسات التي تشغل أقل من عشرين عاملا والغير ملزمة باعداد نظام داخلي من خلال إلزامها بالأخذ بالاجراءات التأديبية الأساسية الدنيا المنصوص عليها في قانون علاقات العمل.

النص صراحة على عدم امكانية تصحيح الاجراءات التأديبية المنصوص عليها في المادة 73 مكرر 2 لتعلقها بالنظام العام و حقوق الدفاع.

إسناد رئاسة مكاتب المصالحة لمفتش العمل المختص اقليميا لتفعيل دورها في تسوية النزاعات الفردية للعمل، طالما أن هذه الآلية بصياغتها و تشكيلتها الحالية أثبتت عدم نجاعتها في أغلب الحالات في القيام بالدور القانوني المسند اليها.

ان المشرع بموجب المادة 73 مكرر 4 المعدلة و المتممة جعل إعادة إدماج العامل في منصب عمله الأثر المباشر الأول لكن اغفل ان يحدد صفة القرارالمتضمن تسريح العامل بانه قد صدر تعسفا في حقه، وبالنتيجة إلغاءه لإعادة أطراف العلاقة القانونية إلى مركزهم القانوني الأصلي مع كل ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية.

الأخذ بالصلح الاجباري امام الجهات القضائية المختصة على غرار ما هو معمول به في القضاء الاداري نظرا لما قد تلعبه هذه الآلية من دور فعال وهام في تعزيز الرقابة على التسريح التعسفي و تقرير اعادة الادمج لفائدة العامل، طالما أن هذه الرقابة التي تمارسها الجهات القضائية حاليا ليس لها أثر كبيرفي تقرير اعادة ادمج العامل لأنها تتم في الوقت الذي تصبح فيه علاقة العمل منتهية.

الزام صاحب العمل باعادة ادمج العامل في منصب عمله كما هو الحال في التشريع الفرنسي في حالة ثبوت تعسف هذا الأخير في تسريحه على اعتبار أن مسألة الاختيار بين اعادة ادمج العامل و التعويض النقدي كانت وليدة ظروف اقتصادية مالية عانت منها المؤسسات العمومية الإقتصادية .

فامام نظام تسيير المؤسسات الحالي وتطبيق قانون السوق يستدعي البحث عن معادلة أخرى في تحقيق التوازن بين المصالح الإقتصادية والمصالح الإجتماعية التي ترمي الدولة الى تحقيقها خاصة الآليات الجديدة التي تهدف الى تشجيع انشاء مناصب العمل وفق مساعدات وتحفيزات مادية.

تقييد حق اتفاق الأطراف في اعادة الإدماج اوعدمه خلال سريان الدعوى الرامية لالغاء قرار التسريح التعسفي لا بعده، و هو ما يؤدي الى محاربة تعنت صاحب العمل و رفضه تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة باعادة ادمج العامل

تحديد بوضوح المقصود بامتيازات المكتسبة والوحدة الزمنية الواجبة الأداء من المستخدم.

تحديد بوضوح معنى عبارة "الأضرار المحتملة" الواردة في المادة73 مكرر 4 الفقرة الثانية

بأنها "قوات الفرصة" ويشمل تعويضها ما لحق العامل من خسارة وما فاته من كسب.

الرفع من قيمة التعويض عن التسريح التعسفي والغاء التحديد المعمول به حاليا فيما يخص الحد الأدنى لعدم تناسبه مع الضرر الذي يلحق العامل بفقدان منصب عمله، كما نقترح تقنين المشرع المعايير الواجب مراعاتها قضائيا في تقديره وعدم ترك هذه المهمة وحدها للقضاء.

توسيع نطاق التعويض عن التسريح التعسفي من خلال ادراج التعويض عن الضرر المعنوي .

النص على الأجر المرجعي الذي يتم حساب التعويض على أساسه في حالة رفض اعادة الادماج وتحديد معايير واضحة لاستحقاقه.

منح سلطة للقاضي لاكتشاف التعسف ومحاربتة، بتكوينه و تخصصه في النزاعات العمالية.

قائمة المراجع

باللغة العربية:

أولاً: كتب

1. إبراهيم زكي أخنوخ، شرح قانون العمل الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
2. إبراهيم محمد أبو العلاء، العاملون حقوقهم في مجتمعنا العربي والتزاماتهم فيه نحو العمل والإنتاج، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1969.
3. أحمد حسن البرعي، الوجيز في القانون الاجتماعي، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
4. أحمد شوقي عبد الرحمن، الخطأ الجسيم للعامل وأثره على حقوقه الواردة في قانون العمل، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1979.
5. —، شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، الطبعة الثالثة، دار النهضة للطباعة، (دون مكان نشر)، 1988.
6. أحمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل وفقا لأحدث التعديلات، الطبعة الثانية، الإصدار الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005 .
7. إسحاق إبراهيم منصور، ممارسة السلطة الرئاسية وأثرها في قانون العقوبات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.
8. اسماعيل غانم، قانون العمل، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1961-1962.
9. العدوي جلال علي وسليم عصام أنور، قانون العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995
10. بشير هادفي، الوجيز في شرح قانون العمل، علاقات العمل الفردية والجماعية، الطبعة الثانية، دار ريحانة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

11. بن عزوز بن صابر، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري، الكتاب الأول، مدخل الى قانون العمل الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009 .
12. جلال مصطفى القريشي، شرح القانون العمل الجزائري، علاقة العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1984.
13. حسن كيرة، أصول قانون العمل، عقد العمل، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1969.
14. راشد راشد، شرح علاقات العمل الفردية والجماعية في ضوء التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991.
15. رشيد واضح، علاقات العمل في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، 2003.
16. سليمان أحمية، التنظيم القانوني لعلاقة العمل في القانون الجزائري، علاقات العمل الفردية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
17. —، آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
18. سعيد طريبت، سلطة المستخدم في تسريح العمال تأديبيا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
19. سلامة وهيب عياد، الفصل بغير الطريق التأديبي ورقابة القضاء(دراسة مقارنة)، ملتزم الطبع والنشر، مكتبة الأنجلو مصرية، القاهرة، (دون سنة نشر) .
20. سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل وفقا لأخر تعديلات قانون سنة 2002 وقانون الضمان الاجتماعي رقم 19 لسنة 2001 مقارنة مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، دار الثقافة، القاهرة، 2004.
21. عبد الرحمن حمدي، قانون العمل، الدار الجامعية، (دون مكان النشر)، 1987.

22. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في تشريع القانون المدني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1970.
23. عبد السلام ديب، قانون العمل والتحويلات الاقتصادية، دار القصة للنشر، الجزائر، 2003.
24. عبد اللطيف بن شديد الحربي، ضمانات التسبيب في الوظيفة العامة، مطابع الدار الهندية، القاهرة، 2006.
25. عبد الوهاب البندار، طرق الطعن في العقوبات التأديبية، دار الفكر، (دون مكان نشر)، (دون سنة نشر).
26. عجة الجيلالي، الوجيز في قانون العمل والحماية الاجتماعية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
27. عصمت الهواري، قضاء النقض في منازعات العمل والتأمينات الاجتماعية، الجزء الثاني، مطابع روز اليوسف، القاهرة، (دون سنة نشر).
28. عطاء الله بوحميده، التسريح لسبب اقتصادي (مفهومه، إجراءاته وأثاره)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
29. علي عوض حسن، الفصل التأديبي في قانون العمل (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار وائل للنشر والطباعة، القاهرة، 1975.
30. فتحي المرصفاوي، النظرية العامة في عقد العمل، المكتبة الوطنية، ليبيا، 1973.
31. فتحي عبد الصبور، الوسيط في قانون العمل، دار النهضة للطباعة، (دون مكان نشر)، 1985.
32. فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ الغير العمدي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1977.
33. محمد السيد الدماصي، الوسيط في شرح نظام العاملين بالقطاع العام (علاقة العمل الفردية)، مطبعة أحمد علي مخيمر، (دون مكان نشر)، 1972.
34. محمد الصغير بعلي، تشريع العمل في الجزائر، دار العلوم، الجزائر، 2000.

35. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، دار الهدى، الجزائر، 1992.
36. محمود جمال الدين زكي، قانون العمل، الطبعة الثالثة، دار الكتب، القاهرة، 1983.
37. مصطفى عبد الحميد عدوي، الاستقالة واتفاقات الإنهاء الاقتصادي في عقد العمل غير محدد المدة، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 1990.
38. مصطفى قويدري، عقد العمل بين النظرية والممارسة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
39. نبيل صقر، فراج محمد الصالح، تشريعات العمل نسا وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2009.
40. همام محمد محمود زهران، قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997-1998.
41. ياسين بن صاري، التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري، الطبعة الثالثة، دارهومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
42. —، عقد العمل محدد المدة (دراسة نظرية تطبيقية مقارنة)، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2009.
43. يوسف الياس، أزمة قانون العمل المعاصر بين نهج تدخل الدولة ومذهب اقتصاد السوق، دار وائل للنشر، عمان، 2006.

ثانيا: رسائل ومذكرات جامعية

أ- رسائل:

1. بشير هادفي، الحماية الوظيفية والاقتصادية للعامل في قانون العمل الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، جامعة باجي مختار، عنابة، 2007 - 2008 .
2. صلاح محمد احمد، القوة القاهرة وأثارها في قانون العمل، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، 1995.

3. فطة نبالي معاشو، إزالة التنظيم في قانون العمل وحماية العمال المسرحين لأسباب اقتصادية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007-2008.

4. نواح محمد الأحمد، إنهاء وتعديل عقد العمل غير محدد المدة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.

ب- مذكرات:

1. آسيا حنفي، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

2. دليلة بوسعيدة، أثر ممارسة حق الإضراب على علاقة العمل الفردية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.

3. عبد الحفيظ بلخيزر، الإنهاء التعسفي لعقد العمل، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 1985.

4. عبد المنعم بن أحمد، علاقة العمل بين السلطة و الحرية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، قسم عام فرع إدارة ومالية، جامعة الجزائر، 2003-2004.

5. عطا الله بوحמידة، الفصل غير التأديبي في قانون الوظيفة العامة والقانون الأساسي العام للعامل "دراسة مقارنة"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الإدارة والمالية، جامعة الجزائر، 1989 - 1990.

6. وردية فتحي، الرقابة القضائية على الإنهاء الاقتصادي لعقد العمل، "دراسة مقارنة الجزائر- فرنسا"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002 - 2003.

ثالثا : مقالات

1. أحمد رحباني ، تعليق على القرار رقم 283600، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2004، ص 15-32.

2. بشير هادفي، التعويض عن التسريح من العمل بسبب تغير الوضعية القانونية للمؤسسة المستخدمة ودوره في جبر الضرر، الملتقى الوطني الثاني حول الظروف الاقتصادية للمؤسسة وآثارها على علاقات العمل في التشريع الجزائري، جامعة جيجل، 2010، ص 122-142.

3. بن عزوز بن صابر، الإجراءات المتبعة أمام القسم الاجتماعي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مجلة الدراسات القانونية، العدد السابع، الجزائر، ماي 2010، ص 69-80.

4. حافظ لعموري، عقد الشغل من خلال تنقيح فيفري 1994، المجلة التونسية للقانون الاجتماعي الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة صفاقس، العدد السابع، تونس، 1995.

5. جموعي تقار، الفرق بين التسريح والتقليص في المادة الاجتماعية، نشرة القضاة، العدد الخامس والخمسين، الجزائر، 1999، ص 133-140 .

6. رفيقة بوالكور، تكريس الطابع التعاقدى لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، العدد الأول، الجزائر، 2001، ص 97-117.

7. زاهية إسعد، التعليق على قرار رقم 39 25 18 المؤرخ في 18/01/2000، التسريح غير قانوني- رفض المستخدم إرجاع العامل- الامتيازات المكتسبة، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2001، ص 41-49.

8. سمية بدر البدور ولهاسي، حق العامل في الاستمرار في علاقة العمل وحقه في السلامة الجسدية في ظل التحولات الاقتصادية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، العدد الثاني، افريل 2006، ص 116-127.

9. عبد الناصر بلميهوب، التراجع عن الامتيازات الفردية المكتسبة للعامل بسبب الظروف الاقتصادية، الملتقى الوطني الثاني حول الظروف الاقتصادية للمؤسسة وأثرها على علاقات العمل في التشريع الجزائري، جامعة جيجل، 2010، ص 82-92.

10. عادل الطيباني، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية، مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة السادسة، سبتمبر 1982، ص 77-103.

11. عبد السلام ديب، الحلول القضائية للمشاكل المترتبة عن تطبيق نص المادة 73- 04 من قانون 90-11، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، دار القصة، الجزائر، 2001، ص 21-31.

12. —، عقد العمل المحدد المدة، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2001، ص 17-34.

13. —، علاقة العمل في التشريع الجديد، المجلة القضائية، عدد خاص طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1997، ص 21-42.

14. عدنان ابراهيم سرحان، الضرر وتعويضه وفق أحكام الفعل الضار في القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية لدول الإمارات العربية المتحدة، دراسة على ضوء الفقه الإسلامي، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة السادسة، العدد الثاني، الإمارات العربية المتحدة، 1998، ص 51-78.

- 15- عطا الله بوحميده، تطورات المادة 73 من قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل وبعض إشكاليات تطبيقها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الثاني، الجزائر، 2007، ص 143-168.
- 16- عمار بوضياف، المصالحة في نزاعات العمل الفردية ودور مفتشية العمل، مجلة العلوم القانونية، عدد خاص، الجزائر، 2006، ص 79-91.
17. عمار معاشو، اختصاص المحكمة الاجتماعية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09)، الملتقى الوطني حول "الظروف الاقتصادية للمؤسسة وأثارها على علاقات العمل في التشريع الجزائري"، جامعة جيجل، 2010، ص 5-8.
- 18- عمارة نعرورة، الجديد في علاقات العمل الفردية، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 1993، ص 213-224.
19. ع يحيياوي، التقليل من عدد العمال لأسباب اقتصادية، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2002، ص 45-56.
20. فاخر بن سالم، المراقبة القضائية لعمليات الطرد كوسيلة لحماية التشغيل، المجلة التونسية للقانون الاجتماعي، العدد الثاني، تونس، 1987، ص 12-26.
21. فطة نبالي معاشو، مبدأ حرية العمل من خلال مبادئ منظمة العمل الدولية والقانون الداخلي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، العدد الثاني، 2008، ص 37-62.
22. فاطمة الزهراء بوقطة، شرط عدم المنافسة في علاقة العمل الفردية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الثالث، الجزائر، 2009، ص 465-483.

23. مباركة بدري، ضمانة تسبب القرار التأديبي في مجال الوظيفة العامة، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثامن، الجزائر، أوت 2010، ص 107-133.

24. محمد شرفي، سريان علاقة العمل ونشأتها ونهايتها، منازعات العمل والأمراض المهنية، المجلة القضائية، عدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1997، ص 43-96.

25. مصطفى قويدري، العزل أو الفصل التأديبي في ضوء الفقه و القضاء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الثاني، الجزائر، 2004، ص 34-58.

26- مسعود منتري، التسريح الفردي في تشريع العمل الجزائري، مجلة العلوم القانونية، عدد خاص، الجزائر، 2006، ص 113-123.

27- مهدي بخدة، الخطأ العقدي للعامل، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و التشريع الفرنسي، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثامن، الجزائر، أوت 2010، ص 81-105.

28. نادية حسان، النظام الداخلي في قانون علاقات العمل، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، العدد الأول، 2008، ص 29-70.

رابعا : نصوص قانونية

أ- الدساتير :

1. مرسوم رئاسي 89-19 مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتعلق بنشر تعديل الدستور، الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، جريدة رسمية عدد 09، لسنة 1989.

2. دستور 28 نوفمبر 1996، منشور بموجب المرسوم الرئاسي 96-438، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996 معدل و متمم، جريدة رسمية عدد 76، لسنة 1996.

ب - النصوص التشريعية :

- 1- أمر 66-133 مؤرخ في 26 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 49 لسنة 1966.
- 2- أمر 66-154 مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة رسمية عدد 47 لسنة 1966، ملغى.
- 3- أمر 71-57 مؤرخ في 05 أوت 1971، يتعلق بالمساعدة القضائية، جريدة رسمية عدد 67 لسنة 1971.
- 4- أمر 75-32 مؤرخ في 29 أبريل 1975، يتعلق بالعدالة بالعمل، جريدة رسمية عدد 39 لسنة 1975 .
- 5- قانون 75-31 مؤرخ في 29 أبريل 1975، يتعلق بعلاقات العمل في القطاع الخاص، جريدة رسمية عدد 39 لسنة 1975، ملغى.
- 6- قانون 75-33 مؤرخ في 29 أبريل 1975، يتعلق باختصاصات مفتشية العمل والشؤون الاجتماعية، جريدة رسمية عدد 39 لسنة 1975.
- 7- قانون 78-12 مؤرخ في 05 أوت 1978، يتعلق بالقانون الأساسي العام للعامل، جريدة رسمية عدد 32 لسنة 1978، ملغى .
- 8- قانون 82-06 مؤرخ في 27 فيفري 1982، يتعلق بعلاقات العمل الفردية، الجريدة الرسمية عدد 02 لسنة 1982، ملغى.
- 9- قانون 83-12 مؤرخ في 02 جويلية 1983، يتعلق بالتقاعد، الجريدة الرسمية رقم 18 الصادرة في جويلية 1983.
- 10- قانون 88-01 مؤرخ في 12 جانفي 1988، يتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي ، جريدة رسمية عدد 02 لسنة 1988.
- 11- قانون 90-02 مؤرخ في 06 فيفري 1990، يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية للعمل وممارسة حق الإضراب معدل ومتمم، جريدة رسمية عدد 06 لسنة 1990.
- 12- قانون 90-04 مؤرخ في 06 فيفري 1990، يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في

- العمل، جريدة رسمية عدد 06 لسنة 1990.
- 13-** قانون 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، جريدة رسمية عدد 17 لسنة 1990 .
- 14-** قانون 90-14 مؤرخ في 02 جويلية 1990، يتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، جريدة رسمية عدد 23 لسنة 1990 .
- 15-** قانون 91-29 مؤرخ في 21 ديسمبر 1991، يتعلق بعلاقات العمل معدل ومتمم للقانون 90-11، جريدة رسمية عدد 68 لسنة 1991.
- 16-** قانون 91-30 مؤرخ في 21 ديسمبر 1991، يتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي معدل ومتمم لقانون 90-14، جريدة رسمية عدد 68 لسنة 1991.
- 17-** مرسوم تشريعي 94-09 مؤرخ في 29 ماي 1994، يتعلق بالحفاظ على الشغل وحماية الأجراء الذين يفقدون عملهم بصفة لا إرادية ولأسباب اقتصادية، جريدة رسمية عدد 34 لسنة 1994.
- 18-** مرسوم تشريعي 94-10 مؤرخ في 26 ماي 1994، يحدد التقاعد المسبق، جريدة رسمية عدد 34 لسنة 1994.
- 19-** أمر 96-12 مؤرخ في 10 جوان 1996، يتعلق بكيفية ممارسة الحق النقابي، معدل ومتمم لقانون 90-14، جريدة رسمية عدد 36 لسنة 1996.
- 20-** أمر 96-21 مؤرخ في 9 جويلية 1996، يتعلق بعلاقات العمل يعدل ويتمم قانون 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، جريدة رسمية عدد 43 لسنة 1996 .
- 21-** قانون 01-09، مؤرخ في 26 جوان 2001، يعدل ويتمم الأمر 66-156، يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 34 لسنة 2001.
- 22-** قانون 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، معدل ومتمم للأمر 75-58 مؤرخ في 29 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 44 لسنة 2005.
- 23-** أمر 06-03 مؤرخ في 15 جويلية 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، جريدة رسمية عدد 46 لسنة 2006.

23- قانون 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21 لسنة 2008.

ج - النصوص التنظيمية :

1. مرسوم رقم 82 - 302 مؤرخ في 11 ديسمبر 1982، يتعلق بكيفيات تطبيق الأحكام التشريعية الخاص بعلاقات العمل، جريدة رسمية عدد 35 لسنة 1982، ملغى.

2. مرسوم تنفيذي 05-05 مؤرخ في 26 جانفي 2005، يتضمن تنظيم المفتشية العامة للعمل وسيرها، جريدة رسمية عدد 4 لسنة 2005.

3. مرسوم تنفيذي 05-06 مؤرخ في 6 جانفي 2005، يتعلق بشروط الالتحاق وتصنيف المناصب العليا، جريدة رسمية رقم 4 لسنة 2005.

خامسا : قرارات المحكمة العليا

1. ملف رقم 431141 قرار مؤرخ في 15/12/2007، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2008، .

2. ملف رقم 842122 قرار مؤرخ في 16/05/2005، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 2002، .

3. ملف رقم 411143 قرار مؤرخ في 15/12/2007، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2008، .

4. ملف رقم 450460 قرار مؤرخ في 09/07/2008، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2008.

5. ملف رقم 242796 قرار مؤرخ في 14/02/2001، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 2002.

5. ملف رقم 196348 قرار مؤرخ في 11/04/2000، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 2002، .

7. ملف رقم 190088 قرار مؤرخ في 15/02/2000، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 2001.
8. ملف رقم 135360 قرار مؤرخ في 7/5/1996 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.
9. ملف رقم 228040 قرار مؤرخ في 14/03/2000 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 2001.
10. ملف رقم 293698 قرار مؤرخ في 13/07/2004، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2004.
11. ملف رقم 187795 قرار مؤرخ في 11/04/2000 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 2000.
12. ملف رقم 135452 قرار مؤرخ في 04/06/1996 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، الجزء الثاني، الجزائر، 1997.
13. ملف رقم 283600 قرار مؤرخ في 15/12/2004 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 2004.
14. ملف رقم 299512 قرار مؤرخ في 11/05/2005، عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.
15. ملف رقم 409277 قرار مؤرخ في 16/01/2008، عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا قرار غير منشور.
16. ملف رقم 211629 قرار مؤرخ في 17/02/2002 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2002.
17. ملف رقم 212611 قرار مؤرخ في 13/02/2001 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2000.
18. ملف رقم 337769 قرار مؤرخ في 07/06/2006، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، الجزائر، 2006.
19. ملف رقم 211628، قرار مؤرخ في 08/01/1998، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2002.

20. ملف رقم 951011 قرار مؤرخ في 20/04/1994، عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية العدد الأول، الجزائر، 1995.
21. ملف رقم 400552 قرار مؤرخ في 9/4/2008، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2008.
22. ملف رقم 157340 قرار مؤرخ في 14/4/1998 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.
23. ملف رقم 191271 قرار مؤرخ في 11/4/2000 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.
24. ملف رقم 157838 قرار مؤرخ في 10/2/1998 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1999.
25. ملف رقم 129038 قرار مؤرخ في 19/12/1995 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.
26. ملف رقم 204623 قرار مؤرخ في 10/10/2000 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.
27. ملف رقم 23775 قرار مؤرخ في 11/05/1981، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 1989.
28. ملف رقم 113332 قرار مؤرخ في 20/06/1995، المجلة القضائية، العدد 54، الجزائر، 1999.
29. ملف رقم 104342 قرار مؤرخ في 8/12/1993 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.
30. ملف رقم 299518 قرار مؤرخ في 11/5/2005، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 2005.
31. ملف رقم 134407 قرار مؤرخ في 24/9/1996، نشرة القضاة، العدد 54، الجزائر، 1999.
32. ملف رقم 257733 قرار مؤرخ في 12/5/2003، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2004.

33. ملف رقم 305198 قرار مؤرخ في 8/6/2005، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2005 .
34. ملف رقم 281531 قرار مؤرخ في 18/06/1984 عن المجلس الأعلى، المجلة القضائية، العدد الرابع، الجزائر، 1989.
35. ملف رقم 977015 قرار مؤرخ في 10/03/1998 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1998.
36. ملف رقم 30 51 98 قرار مؤرخ في 08/06/2005، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2005.
37. ملف رقم 11 60 49 قرار مؤرخ في 24/01/1995، المجلة القضائية، منازعات العمل والأمراض المهنية، الجزء الثاني، الجزائر، 1997.
38. ملف رقم 15 41 66 قرار مؤرخ في 14/10/1997 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 55، الجزائر، 1999.
39. ملف رقم 213831، قرار مؤرخ في 21/3/2001 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، عدد خاص، الجزائر، 2002 .
40. ملف رقم 84 804، قرار مؤرخ في 29/01/1992 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 1993.
41. ملف رقم 109688، قرار مؤرخ في 12/4/1994 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 1994 .
42. ملف رقم 49106، قرار مؤرخ في 6/3/1989 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1991.
43. ملف رقم 289603 قرار مؤرخ في 06/3/1989 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.
44. ملف رقم 289603 قرار مؤرخ في 16/03/2005 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2005.
45. ملف رقم 111984 قرار مؤرخ في 20/12/1994 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.

46. ملف رقم 11497 مؤرخ في 17 /1/ 2001، عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور .
47. ملف رقم 188909 قرار مؤرخ في/15/02/2000، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 2001.
48. ملف رقم 155985 قرار مؤرخ في 20/02/1998، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1995.
49. ملف رقم 211629 قرار مؤرخ في 17/01/2001، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2002.
50. ملف رقم 167320 قرار مؤرخ في 18/2/1998، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2000.
51. ملف رقم 314649 قرار مؤرخ في 21/05/1984 الصادر عن المجلس الأعلى، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1990.
52. ملف رقم 212611 قرار مؤرخ في 13/2/2002، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2003.
53. ملف رقم 354461، قرار مؤرخ في 6/12/2006، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2006.
54. ملف رقم 235063 قرار مؤرخ في 9/1/2002، عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.
55. ملف رقم 213831 قرار مؤرخ في 21/3/2001 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2002.
56. ملف رقم 159386 قرار مؤرخ في 10/3/1998، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 1998.
57. ملف رقم 194969، قرار مؤرخ في 06/06/2000 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.
58. ملف رقم 327214 قرار مؤرخ في 1/2/2006 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.

59. ملف رقم 295696 قرار مؤرخ في 13/04/2005 الصادر عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا ، قرار غير منشور.
60. ملف رقم 41112 قرار مؤرخ في 28/05/1990 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 1992.
61. ملف رقم 182539 قرار مؤرخ في 18/1/2000، المجلة القضائية، العدد الثاني، الجزائر، 2001.
62. ملف رقم 221338 قرار مؤرخ في 11/7/2001 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.
63. ملف رقم 288364 قرار مؤرخ في 16/3/2005 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، قرار غير منشور.
64. ملف رقم 474154 قرار مؤرخ في 6/5/2009، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، الجزائر، 2009.
65. ملف رقم 240430 قرار مؤرخ في 11/07/2000 عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 2001 .
66. ملف رقم 160726 قرار مؤرخ في 14/4/1998، نشرة القضاة، العدد 55، الجزائر، 1999.
67. ملف رقم 29691 قرار مؤرخ في 4/4/1983 عن المجلس الأعلى، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1989.
68. ملف رقم 450715 قرار مؤرخ في 9/4/2008، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 2008.

باللغة الفرنسية:

I- OUVRAGES

1. **AMOURA AMAR**, Droit du travail et droit social: guide pratique, El-maarifa éditions, Alger, 2002.
2. **BELLOULA (TAYEB et DJAMEL)**, Rupture de la relation de travail, Éditions Dahleb, Alger, 1999.
3. **CAMERLYNCK G.H**, Droit du travail, PRECIS D'ALLOZ, 12^{ème} éditions, 1984.
4. **CATALA, NICOLA** l'entreprise, DALLOZ, Paris, Tome 4, 1980.
5. **CAMERLYNCK GH et LYON CAEN GERARD**, Droit du travail, 9^{ème} édition, Paris, 1978.
6. **DESPAX MICHEL**, Le droit du travail, Presse universitaires en France, Que –sais- je, 3^{ème} édition 1973.
7. **DESARDINS BERNADETTE** et autres, Le nouveau droit du code de travail annoté, 5^{ème} édition, 1995.
8. **DUBRAC MARIE-DOMINIQUE**, Le règlement interieur, Éditions de Vecchi, Paris, 2005.
9. **GATUMEL DENIS, DIMONT DENISE**, Le droit du travail en France, 2^{ème} éditions, Francis Lefèvre, 1991.
10. **GAZZIER François**, La fonction publique dans le monde, Édition C.U.J.A.S ,1997.
11. **JAVILLIER JEAN CLAUDE**, Droit du travail, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 7^{ème} édition, Paris 1978.
12. **LEON CAEN GERARD, PELISSIER JEAN**, Les grands arrêts de droit du travail, 2^{ème} édition Sirey, 1980.
13. **NASRI HAFNAOUI**, La formation et la cessation de la relation

de travail en droit positif algérien, Éditions
ZAKARIA, Alger, 1992.

14. **ORLIAC CLAUDE**, Le contrat de travail d'après la loi et la jurisprudence, LGDJ, Paris, 1970.
15. **ROUX HELENE**, Document établis à la rupture du contrat du travail, Juris-classeur du droit du travail, n°4, fascicule10 ,1992.
16. **SOINNE BERNARD**, L'analyse juridique du règlement intérieur d'entreprise, LGDJ, Paris, 1970.
17. **TEYSSIE BERNARD**, Droit du travail, Volume 1,2^{eme} éditions, Litéc 1993.

II- THÈSES ET MÉMOIRES:

A- THESE:

- * **SASEMA JACQUE**, La durée des contrats successifs, Thèse doctorat, L.G .D.J, Paris, 1968.

B- MEMOIRE :

- ***YAKOUB ZINA**, De l'insuffisance de la protection du travailleur en matière de licenciement en droit algérien, Mémoire pour l'obtention du magistère en droit, option: droit des affaires, Faculté de droit, Université MOULOUD MAMMERI de TIZI-OUZOU, 2007.

III- ARTICLES:

- 1- **AKKACHA MOHIEDDINE**, la faute grave dans le licenciement disciplinaire en droit algérien actuel (a propos d'un

arrêt dans le cour suprême), Idara, Volume 11, N⁰ 1, 2001, P 213-237.

2- BERAUD JEAN MARC, La mise a la retraite: un droit qui serecherche, D.S, N⁰ 09/10, Septembre, Octobre 1992 ,P15-29.

3- BOUAZIZ PAUL, Du pouvoir souverain vers un droit disciplinaire, Revue de droit sociale, Paris, N⁰3, Septembre 1984,P89-96.

4- BOULENOUAR MALIKA, HAMDAN LEÏLA, AUVERGNON PHILIPPE, "L'inspection de travail au regard de norme internationale: Proposition de comparaison Algérie- France", Revue algérienne des sciences juridiques, Économiques et politiques, N^o4, 1997, P1212-1262.

5- GHEZALI MAHFOUD, l'évolution de l'entreprise autonome et de la planification en Algérie, Revue algérienne du travail, N⁰ 1, Mars, 198,P35-84.

6-GOUFFAUX GERALDINE, Le contrat instrument d'organisation de l'entreprise en droit algérien et en droit français, Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, N⁰ 4, 2000,P50-71.

7- GREEN BACKT, La preuve de l'absence de la cause réelle, Paris,

1978,P90-99.

- 8- **KERSCHEN NICOLE et VALERIE NENOT ANNE**, La fin du pré-retraites ou l'éternel recommencement, Droit Social, N° 5, Mai1993,P26-42.
- 9- **LYON G, BONNETETE MG**, La reforme du licenciement travers la loi de 13/17/1973, Revue de Droit sociale, N°10-11, année 1973,P58-84.
10. **NASRI HAFNAOUI**, L'assistance du travailleur objet d'une procédure de licenciement, revue EL Djeich du mois d'Avril, 1998,15-29.
11. **PIERRE YVES, VERKINDT** (rupture de contrat) , Juris-classeur du droit de travail, N°4, Fascicule 30-1,1992,P30-39.
12. **SRORTOUCH JEAN MARC**, (Les licenciements en cas de redressement ou de liquidation judiciaire), Droit Social, N°9 / 10 sep /oct, 1992,P40-51.
13. **YAICI BOUALEM**, L'astreinte dans l'exécution du jugement de réintégration du Travailleur, Revue de la cour suprême, N°1, 2005, P56-59.

04	المقدمة
08	الفصل الأول: الأساس القانوني للتسريح التأديبي
08	المبحث الأول: مفهوم التسريح التأديبي و السلطة المختصة به
09	المطلب الأول: مفهوم التسريح التأديبي
09	الفرع الأول: تعريف التسريح التأديبي
09	أولاً: التعريف الإصطلاحي
11	ثانياً: التعريف الفقهي
11	الفرع الثاني: تمييز التسريح التأديبي عن بعض الصور الأخرى لانتهاء علاقة العمل
12	أولاً: تمييز التسريح التأديبي عن حالات الإنهاء الإرادية
21	ثانياً: التسريح التأديبي والأسباب غير الإرادية للانتهاء
24	ثالثاً: التعريف المتفق عليه للتسريح التأديبي
25	المطلب الثاني: السلطة المختصة بالتسريح التأديبي
25	الفرع الأول: تعريف السلطة التأديبية
27	الفرع الثاني: مصدر السلطة التأديبية
28	أولاً: القانون مصدر السلطة التأديبية
29	ثانياً: العقد مصدر السلطة التأديبية
30	ثالثاً: النظام الداخلي مصدر للسلطة التأديبية
31	رابعاً: الإشراف والإدارة مصدر للسلطة التأديبية
32	خامساً: المجلس التأديبي مصدر السلطة التأديبية
34	المبحث الثاني: الخطأ المهني الجسيم المؤدي الى التسريح التأديبي
35	المطلب الأول: مفهوم الخطأ المهني الجسيم

- 35 الفرع الأول:تعريف الخطأ المهني الجسيم _____
- 35 أولا- التعريف الفقهي _____
- 36 ثانيا-التعريف القضائي _____
- 37 ثالثا- التعريف التشريعي _____
- الفرع الثاني:معايير وصف او تقدير الخطأ المهني الجسيم المؤدي الى التسريح
- 38 التأديبي _____
- 39 او لا-المعيار الموضوعي _____
- 41 ثانيا-المعيار الذاتي او الشخصي _____
- 43 الفرع الثالث:طرق تحديد حالات الخطأ المهني الجسيم _____
- 44 او لا-الطريقة التنظيمية _____
- 48 ثانيا-الطريقة القانونية _____
- المطلب الثاني :حالات الخطأ المهني الجسيم الواردة في المادة من القانون
- 58 11-90 _____
- 58 الفرع الأول:حالات الخطأ المهني الجسيم المرتبطة بالعامل _____
- 59 أولا-الأفعال التي يعاقب عليها التشريع الجزائي _____
- 60 ثانيا-القيام باعمال العنف _____
- ثالثا-المشاركة في توقف جماعي و تشاوري عن العمل خارج اطار الإجراءات القانونية المعمول بها _____
- 63 رابعا-تناول الكحول او المخدرات داخل أماكن العمل _____
- 68 الفرع الثاني:حالات الخطأ المهني الجسيم المرتبطة بصاحب العمل _____
- 69 أولا-التسبب عمدا في أضرار مادية تصيب المؤسسة _____
- 70 ثانيا-إفشاء معلومات تتعلق بالتقنيات والتكنولوجيا المستخدمة الا اذا أذنت بها السلطة

- 70_____ السلمية او اجازها القانون
- 72_____ ثالثا-رفض العامل بدون عذر مقبول تنفيذ التعليمات الصادرة من صاحب العمل
- 75_____ رابعا-رفض تنفيذ أمر التسخير المبلغ به وفقا لاحكام التشريع المعمول به
- الفرع الثالث :حالات أخرى للخطأ المهني الجسيم خارج الحالات المنصوص عليها
- 76_____ في المادة 73
- 77_____ أولا-التوقف الجماعي عن العمل خرقا للقانون
- ثانيا-عرقلة حرية العمل ورفض الإمتثال لتنفيذ امر قضائي باخلاء المحلات المهنية
- 77_____ في حالة احتلالها من طرف العمال المضربين
- 78_____ ثالثا-رفض العامل القيام بالحد الأدنى من الخدمة
- 79_____ **الفصل الثاني:الأثار المترتبة عن التسريح التأديبي**
- المبحث الأول: الحماية المقررة للعامل في مجال التسريح التأديبي
- 80_____
- المطلب الأول: الضمانات الإجرائية السابقة لقرار التسريح التأديبي
- 80_____
- الفرع الأول: ضرورة اتباع الإجراءات الجوهرية ذات المصدر القانوني
- 80_____
- أولا-سماع المستخدم للعامل
- 81_____
- ثانيا-استعانة العامل المعني بالتسريح بعامل تابع للهيئة المستخدمة
- 82_____
- ثالثا-التبليغ الكتابي لقرار التسريح الى العامل
- 84_____
- الفرع الثاني:الاجراءات التكميلية الواردة في النظام الداخلي والاتفاقيات الجماعية
- 86_____
- أولا- دور النظام الداخلي في مجال تحديد الاجراءات التأديبية
- 86_____
- ثانيا- الاتفاقيات الجماعية والاجراءات التأديبية
- 96_____
- المطلب الثاني: الضمانات الاحقة لقرار التسريح التأديبي
- 100_____
- الفرع الأول : الضمانات الادارية
- 100_____

- 101-_____ اولا :حق العامل في التسوية الداخلية للنزاع
- 102-_____ ثانيا :وجوب عرض النزاع على مستوى مكاتب المصالحة
- 109-_____ الفرع الثاني: دور القضاء الإجتماعي في حماية العامل المسرح تاديبيا
- 110-_____ اولا : المميزات الخاصة للمحكمة الاجتماعية في حماية العامل المسرح تاديبيا
- 119-_____ ثانيا : سلطة القاضي الاجتماعي في ممارسة الرقابة على التسريح التاديبى
- 126-_____ المبحث الثاني:الحماية المقررة للعامل في مجال التسريح التاديبى التعسفي
- 126-_____ المطالب الأول:المقصود بالتسريح التاديبى التعسفي
- 127-_____ الفرع الأول: حالات التسريح التاديبى التعسفي
- 127-_____ أولا-عدم مراعاة صاحب العمل ظروف ارتكاب العامل الخطأ
- ثانيا-تسريح العامل الاجير في غياب النظام الداخلي في حالة وجوب اعداده -128
- ثالثا-تسريح العامل خرقا للاجراءات التأديبية القانونية والإتفاقية الملزمة -129 رابعا-عدم اثبات صاحب العمل ارتكاب العامل لخطأ مهني جسيم -129
- خامسا-تسريح العامل عند انتهاء مدة عقد العمل المبرم مخالفة للمادة 12
- 130-_____ من قانون90-11
- 130-_____ الفرع الثاني:عبء اثبات التسريح التاديبى التعسفي
- 131-_____ أولا-دور صاحب العامل في الاثبات
- 135-_____ ثانيا-دور العامل في الاثبات
- 136-_____ ثالثا-الدور الإيجابي للقاضي في اثبات التسريح التعسفي

138	المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن التسريح التاديبى التعسفي
138	الفرع الأول: أثر التسريح المخالف لاجراءات
139	أولا- الغاء قرار التسريح
141	ثانيا-الزام صاحب العمل بتصحيح اجراءات التسريح
145	ثالثا- إزام صاحب العمل بدفع تعويض مالي للعامل
146	الفرع الثاني: أثر التسريح المخالف للموضوع
147	أولا- الحكم الصادر بإعادة إدماج العامل في منصب عمله
151	ثانيا-الحكم الصادر بعد ابداء الرغبة بعدم ادماج العامل في منصب عمله
162	الخاتمة
166	قائمة المراجع
187	الفهرس

المخلص باللغة العربية:

إن توجه الاقتصاد الوطني من التنظيم الاشتراكي إلى اقتصاد السوق كان له تأثير في تعديل النظام القانوني الخاص بعلاقات العمل، و في هذا الخصوص تم إصدار عدة قوانين ابتداء بقانون 90-11 الصادر في 21 أبريل 1990 المعدل و المتمم بالقانون الصادر في 21 ديسمبر 1990، تسعى في جميعها إلى وضع قواعد جديدة في تنظيم العلاقة بين صاحب العمل و العامل.

أتى قانون 90-11 بتغييرات مهمة في علاقات العمل منها طبيعة العلاقة بين العامل والمؤسسة التي تحولت من علاقة توجيهية تنظيمية إلى علاقة تفاوضية اتفافية، أي من علاقة قارة نسبيا إلى عقد فردي .

فبعدها كانت الدولة قبل هذا التغيير عبارة عن آلة منتجة للنصوص القانونية المنظمة لعلاقات العمل ظهرت الاتفاقيات الجماعية كمصدر من مصادر قانون العمل، و بهذا أعطي لسلطان الإرادة دور ليكمل سلطان القانون .

وجسدت هذه التغييرات ما كان يجري على الساحة الوطنية و الدولية آخذة بعين الإعتبار صفة من خصائص قانون العمل و هي الواقعية، حيث ترجمت على ارض الواقع آثار التفتح الاقتصادي بواسطة إضفاء الطابع التعاقدى على علاقة العمل.

وهكذا تخلت الدولة عن تنظيم علاقة العمل و أصبحت فقط طرفا مراقبا لها، و بهذا تم إعادة الاعتبار لدور صاحب العمل داخل المؤسسة من خلال توسيع صلاحياته و سلطاته بأكثر مرونة ممكنة خلافا لما كان عليه الأمر في التشريعات السابقة أين كان يعتبر بمثابة عامل أجير ينحصر دوره في تنفيذ التعليمات و الأوامر الصادرة عن السلطة الوصية، فأصبح هذا الأخير يقوم بتنظيم علاقة العمل داخل المؤسسة عن طريق النظام الداخلي الذي ينفرد بإعداده و تنفيذه، مما دفع البعض إلى القول أنه بموجب قانون 90-11 تم الانتقال من القانون التأديبي إلى السلطة التأديبية لصاحب العمل.

لكن نتيجة عدم التكافؤ الفعلي بين صاحب العمل الذي يملك وسائل الإنتاج و العامل الذي لا يملك إلا قوت عمله ، فقد عمل قانون العمل على توفير العديد من الضمانات القانونية و التنظيمية التي تكفل استمرار العامل في وظيفته و تحد من الاستعمال المفرط لحق تسريح العمال تأديبيا المنصوص عيه

ضمن الفقرة الخامسة من قانون 90-11 تحت عنوان العزل ،أي من خلال مراقبة ممارسة صاحب العمل لحقه في إنهاء علاقة العمل غير محدد المدة بإرادته المنفردة .

كرس المشرع الجزائري سلطة المستخدم التأديبية في المادة 73 من القانون 90-11 المعدل و المتمم التي تنصب عليها دراسة هذا الموضوع للبحث في مدى إمكانية و قدرة و فعالية النصوص القانونية الحالية في تحقيق التوازن الصعب والضروري بين مصلحتين متناقضتين :مصلحة المستخدم في المحافظة على ضمان السير الحسن للمؤسسة واحترام مبدأ سلطان الإرادة في ظل نظام اقتصادي حر ،و مصلحة العامل في المحافظة على منصبه الذي يعد مصدر رزقه و تحقيق استقرار علاقة عمله،و كيفية تعامل القضاء الجزائري في تحديد السلطة التأديبية لصاحب العمل للتوفيق بين هاتين المصلحتين المتناقضتين؟.

بمعنى أن الإشكال المطروح ينصب حول ما إذا كانت القوانين الجديدة في المجال التأديبي تخدم المؤسسة المستخدمة أم العامل ،أم حققت التوازن بين الحماية الاجتماعية للعامل والمر دودية الاقتصادية لصاحب العمل؟.

إن هذه الدراسة تتناول موضوع التسريح التأديبي بين سلطة المستخدم و الحماية المقررة للعامل من خطر التسريح التأديبي التعسفي .

إن تحديد مفهوم التسريح التأديبي و تمييزه عن مختلف صور الإنهاء الأخرى لعلاقات العمل وتحديد السلطة المختصة به،وأمام مختلف السلطات التي يتمتع بها المستخدم في تسيير مؤسسته يعتبر التسريح التأديبي من بين هذه السلطات التي حرص و يحرص على بقاءها و توسيعها(الفصل الأول).

إن دراسة موضوع التسريح التأديبي والسلطة المختصة به في الجزائر ، تستلزم أولاً محاولة تحديد مفهوم التسريح التأديبي من خلال تعريفه ثم تمييزه عن بعض الصور أو الحالات الأخرى لإنهاء علاقة العمل في التشريع الجزائري ، و ثانياً تحديد السلطة المختصة بتوقيع عقوبة التسريح التأديبي ، الأمر الذي يتطلب تعريف هذه السلطة التأديبية و بيان مصدرها .ولذلك ينبغي الإشارة أن هذه السلطة لا يمكنها تطبيق عقوبة التسريح التأديبي في حق العامل إلا إذا كان هذا الأخير قد ارتكب خطأ تأديبياً ، ولهذا يستلزم دراسة الشروط الموضوعية الواجب احترامها لممارسة السلطة التأديبية ، لكن قبل ذلك ينبغي دراسة الشروط الشكلية أو الإجراءات الواجب مراعاتها لممارسة السلطة التأديبية .

إن استعمال المستخدم لهذه السلطة قد يؤدي إلى المساس بحقوق العامل المسرح و تدخل القانون و القضاء لتحديد آثار هذا التسريح التي تختلف وتتعدد حسب الحالات و الأضرار اللاحقة بالعامل، وهو يعد من الضمانات التي يتمسك بها العامل و التزاما على صاحب العمل (الفصل الثاني).

يمثل الإنهاء الأحادي لعلاقة العمل بارتكاب العامل خطأ مهنيا جسيما، أحد المبادئ التي كرسها المشرع في قانون علاقات العمل، اعترافا منه وفقا للمذهب الرأسمالي بحرية العمل و المحافظة على المصالح الاقتصادية لصاحب العمل، لكن على الرغم من حرص المشرع الجزائري على ضمان الحرية التعاقدية وفقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإنه لم يغفل عما يتطلبه التشريع الاجتماعي الحديث من حماية العامل من خلال تكريس و تحقيق استقراره الوظيفي و بصفة عامة من خلال استمرار علاقة العمل التي تربطه بصاحب العمل و عليه فإن التساؤل المطروح ما مدى حقيقة التوجه التشريعي في تغليب مصلحة العامل و حمايته من حيث تحقيق أمنه و استقراره الوظيفي؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي هي الأخرى الإجابة عن التساؤلات التالية:

- ما هي الضمانات المقررة للعامل و ما مدى كفاية أو قدرة أو فعالية هذه الضمانات في الحد من تعسف المستخدم في ممارسة سلطة التأديبية أو في مواجهة المرونة في التشغيل التي أملتتها التطورات الاقتصادية الحاصلة في الجزائر.؟

- كيف تعامل المشرع الجزائري مع المستخدمين الذين لا يحترمون القواعد الإجرائية و الموضوعية للتسريح التأديبي أي المخالفين للنظام القانوني للتسريح.؟

Résumé:

Les relations de travail ont été affectées ces dernières années. Elles ont subi de nombreuses mutations suite à la transition de l'Algérie de l'économie traditionnelle à l'économie de marché.

L'analyse des textes juridiques montre un affaiblissement considérable du rôle protecteur du droit du travail. A l'exception d'une timide reconnaissance de quelques garanties pour le salarié en matière de licenciement, le droit du travail est loin d'assurer au salarié une protection effective contre la rupture abusive de la relation du travail. L'affaiblissement de ce rôle protecteur se traduit aussi bien par l'insuffisance des garanties que

par leur manque d'effectivité, autant en matière de licenciement disciplinaire qu'en matière de licenciement pour motif économique.

En matière de licenciement disciplinaire, la loi 90-11 relative aux relations de travail, a opéré un passage radical du droit disciplinaire au pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise. En effet, cette loi a conféré au chef d'entreprise le pouvoir de déterminer unilatéralement, dans le règlement intérieur, les actes constitutifs de fautes graves, de fixer les sanctions y afférentes, et de décider des procédures disciplinaires.

La loi 91-29 modifiant et complétant la loi 90-11 semble toutefois avoir été promulguée pour atténuer ce pouvoir disciplinaire de l'employeur. En effet, cette loi lui impose par exemple des critères dont il devra tenir compte lors de la qualification de la faute grave et lui fait obligation de prévoir dans le règlement intérieur une procédure minimale et respecter en cas de licenciement disciplinaire.

Mais la modification cruciale intervenue en 1991 est l'énumération des actes constitutifs de fautes graves susceptibles d'entraîner le licenciement sans délai –congé ni indemnité ; marquant ainsi un retour à la méthode de détermination juridique de fautes et sanctions adoptées en 1982.

Cependant, il serait aléatoire d'affirmer que le travailleur est ainsi mieux protégé contre le licenciement abusif puisque le changement qui devrait susciter le plus d'attention est la possibilité qui semble être donnée à l'employeur de rompre unilatéralement la relation de travail avec un salarié alors même qu'il n'aura pas commis de faute, pour peu qu'il s'acquitte en faveur de ce salarié d'une indemnité de licenciement, souvent dérisoire, et d'un délai –congé.

Il est même légitime de se demander si cette «laborieuse» garantie, qu'est l'énumération des fautes graves, ne s'éloigne pas de la logique. En effet, si le législateur avait jugé bon de laisser une marge de sécurité en introduisant le terme «en particulier» dans l'article 73, la cour suprême a préféré donner un sens restrictif à la liste des fautes graves que contient cet article. Or d'un point de vue rationnel, cette garantie semble illogique car il est difficile de fixer une liste limitative de tout ce qui est dangereux pour les entreprises qui diffèrent selon le lieu, le temps et l'activité.

La protection procédurale en matière de licenciement disciplinaire est également insuffisante. L'employeur dispose d'une autonomie très large pour fixer la procédure disciplinaire au moyen du règlement intérieur ; rappelons que l'établissement d'un règlement intérieur n'est obligatoire que dans les entreprises ayant plus de vingt employés. C'est d'ailleurs dans le but de protéger les employés de ces entreprises que le législateur, en 1991, a prévu trois procédures obligatoires pour toutes les entreprises .

Il s'agit de l'audition du travailleur, la possibilité pour ce dernier de se faire assister par un autre travailleur et la notification écrite de la décision de licenciement.

Mais en plus de leur insuffisance, les règles qui définissent ces procédures sont éparpillées et manquent de clarté. Par exemple, s'il est imposé à l'employeur de convoquer et d'auditionner le travailleur, le texte, ne prévoyant aucun délai, n'exige pas que le travailleur réponde à cette convocation. Ainsi, en l'absence de dispositions expresses de la loi, si le salarié ne se rend pas à la convocation pour quelque motif que soit, cela ne pourra pas empêcher l'employeur de poursuivre la procédure de licenciement, même si son absence est justifiée, en outre, une lecture attentive de l'article 73-2 fait apparaître que l'audition du travailleur concerné a lieu après la prise définitive de la décision de licenciement. Ceci permet de se demander si cette audition consiste réellement en un entretien préalable ou est elle seulement une simple comparution pour information .

La législation du travail entretient une équivoque autour du droit du travailleur, licencié abusivement, d'être réintégré à son poste de travail. La législation antérieure prévoyait explicitement que le juge devait prononcer la réintégration du travailleur. La législation actuelle prévoit seulement que le juge prononce soit la réintégration du travailleur, soit en cas de refus par l'une des parties, l'octroi au travailleur d'une compensation pécuniaire. Ainsi, l'employeur qui commet un licenciement abusif n'est point obligé de réintégrer le salarié injustement congédié. Il peut choisir de l'indemniser à condition de formuler ce choix avant la clôture de l'instance. C'est d'ailleurs ce qui arrive le plus souvent compte tenu de la légèreté des indemnités imposées par le juge aux employeurs. L'employeur peut ainsi s'épargner les conséquences d'un licenciement abusif pour peu qu'il s'acquitte envers le

salarié d'une indemnité ne dépassant pas six mois de salaire, et parfois, sans même qu'il soit tenu de dommages et intérêts.

En réalité, bien que ce « choix » soit accordé aux deux parties, il est difficile d'imaginer qu'un salarié puisse en faire usage. Les salariés préfèrent, en général, être réintégrés à leur poste de travail. Ces dispositions sont donc de nature à renforcer le pouvoir de l'employeur. Comme l'exprime à juste titre un auteur: les plus riches parmi les employeurs peuvent désormais procéder au licenciement d'un travailleur en violation de la loi, sans craindre que leur soit imposée sa réintégration ...».

Tout semble comme si la loi, après avoir limité les prérogatives de l'employeur par l'énumération des fautes graves pouvant légitimer un licenciement, lui a offert une issue honorable en lui accordant la possibilité de refuser la réintégration du salarié congédié abusivement. Comme l'exprime un auteur : « Nous avons l'impression que le législateur et la jurisprudence de la cour suprême ont consenti aux salariés, d'une main, ce qu'ils ont récupéré de l'autre main et l'ont offert aux employeurs... ».

Il convient également d'observer que malgré l'intervention de la cour suprême pour déclarer que la possibilité de refuser la réintégration doit être formulée au cours des procédures, les employeurs et leurs représentants ont tendance à passer outre pour ne pas exécuter les rares jugements qui se prononcent sur la réintégration.

Abstract

Evaluating Disciplinary Penalties in the Algerian Labour law.

The employer has the authority to apply penalties on the employee; in case he did, certain effects can harm the employee: some are morals, related to psychological sides of the employee, while others prevent the employee from his resource, definitely or temporary, in case he was fired, or partially, in case he is punished by paying fine or by being suspend.

Regarding these harmful penalties, the legislator paid attention to insert some related roles and guarantees, just to make sure that those penalties are not out of the reason of regulating the work in the establishment and the employee conduct.

This study is trying to get the attention to how important it is to develop the penalties rules inserted in the Algerian labour law, and to make them comprehensive and accurate.

In this purpose, I suggest some new modifications and texts.

