

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق / قسم العلوم السياسية



التسريح التعسفي في القانون الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون الأعمال

تحت إشراف:

أ/بو شرك علي

من تقديم الطالب(ة):

ساسى اسمهان

شنيخر فتيحة

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د/ بوالصلصال نور الدين	أستاذ محاضر	رئيسا
أ/ بوشرك علي	أستاذ مساعد	مشرفا ومقررا
أ/ قحام حنان	أستاذ مساعد	مناقشا

دورة جوان 2022

كلمة شكر وعرافان

نتقدم بجزيل الشكر و جميل العرفان

وسمو الامتتان، للأستاذ المشرف

السيد بوشرك علي

على قبوله الإشراف على هذا العمل وعلى
ما قدمه من توجيهات وملاحظات قيمة قبل
وأثناء انجاز هذا البحث، فله علينا الفضل
الكبير ومنا الشكر الجزيل.

إهداء

الحمد لله كثيرا على توفيقه وعظيم منته

أهدي هذا العمل المتواضع إلى الوالدين الكريمين
أطال في عمرهما.

إلى زوجي الكريم وتحية عطرة أزفها إليه على صبره
ووقوفه إلى جانبي طيلة مشواري الجامعي.

إلى أولادي الأغزاء حفظهم الله

إيناس، هيثم، أنفال، إسراء و كتكوتي الصغيرة
ميرال.

إلى زميلتي العزيزة شنيخرفتيحة .

إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد في مقر عملي
وفي الجامعة.

إلى كل أساتذتي الكرام والطاقم الإداري لجامعة
سكيكدة.

اهـداء

الحمد لله الذي أكرمني بهذا العمل المتواضع، والذي أهديه إلى من كل لهما الفضل فيما وصلت إليه.

إلى من رحلت عن الدنيا دون رجعة ، إلى من غطى التراب جسدها ، وحرمني الدهر من نبرات صوتها ولمسات يديها وقبلات خديها ، إلى من نقش اسمها في روحي ، وكلماتها في عروقي ، راجية من الله أن يجمعني بها في جنة الخلد، إلى الحبيبة رحمة الله عليها وألهمني الصبر على فراقها إلى روحك أُمي الغالية **"زيوان خديجة"** رحمة الله عليها .

إلى من رباني وضحي من اجلي دون كلل أو ملل ، إلى من أحسن تربيتي وكان دائما عوننا وسندا لي في هذه الحياة أطال الله في عمره أبي العزيز **"محمد"** .

إلى من حبهم يجري في عروقي ويلهج بذكراهم فؤادي إلى إخوتي وأخواتي الغاليات .

إلى من سرنا سويا ونحن نشق الطريق معا نحو النجاح ، وتقاسمت معهم المحبة ، والإخوة، وكان لي معهم أغلى الذكريات وأجمل اللحظات ، صديقاتي .

إلى الزملاء والزميلات كل باسمه الخاص ، بالأخص زميلتي ورفيقة دربي في مشواري الدراسي **"ساسي"** اسمهان .

إلى من وقف معنا ودعمننا من قريب أو بعيد لانجاز هذا العمل سواء بجهد أو دعاء.



مقالات

مقدمة

تعتبر علاقة العمل بين العامل والمستخدم، من العلاقات التعاقدية التي تثير الكثير من الإشكالات العملية بشأن تنفيذ عقد العمل، هذه العلاقة قد تكون في الكثير من الأحيان محل توتر بين الطرفين، خاصة بعد انتهاء أغلب الدول على غرار الجزائر، لنظام اقتصاد السوق الذي أدى إلى الاستغناء عن اليد العاملة وتسريح الكثير منها.

ومع تعسف المستخدم في إنهاء علاقة العمل ومساسه بحقوق العامل في ظل غياب الحماية الكافية في القانون 11/90 الصادر بتاريخ 1990/04/21¹ والمتعلق بعلاقات العمل فإن ذلك أدى إلى وجود تعارض في المصالح بين أطراف العلاقة.

رغم هذا نلاحظ محاولة تشريع العمل الجزائري الحالي مواكبة التطورات، و التحولات التي عرفت بها البلاد، بإضفاء مرونة على علاقات العمل، و احتلت الاتفاقيات الجماعية و التفاوض الجماعي مكانة هامة في تنظيم علاقة العمل، كما كرس المشرع الجزائري حق صاحب العمل في إنهاء عقد العمل عن طريق تسريح العامل تأديبيا في حالة ارتكابه خطأ مهنيا جسيما من شأنه المساس و إلحاق الضرر أو التهديد بخطر قد يلحق بالسير الحسن و النظام و الانضباط داخل مؤسسته حماية لمصالحه الاقتصادية، وهو أيضا ما يظهر تأثير المشرع الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة أو الحرية التعاقدية، في تنظيمه لعلاقة العمل بين العامل و المستخدم سواء في بداية علاقة العمل أو في نهايتها على حد سواء دون أن يغفل عن سعيه إلى تحقيق المساواة و التوازن بين المصلحتين المتناقضتين لطرفي عقد العمل.

وإذا كان المشرع الجزائري قد أعطى الحق لصاحب العمل في إنهاء عقد العمل بإرادته المنفردة، فإن ممارسة هذا الحق، يجب أن يكون في حدود عدم إلحاق الضرر بالطرف الآخر أي العامل، وإلا كان متعسفا في استعمال حقه، وبذلك أصبح الإنهاء التعسفي لعقد العمل أحد تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق المعروفة في أغلب التشريعات.

1- القانون رقم 11/90، الصادر بتاريخ 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقة العمل المعدل والمتمم، ج ر 1990، عدد 17.

إن موضوع التسريح التعسفي ذو أهمية قصوى، ويبرز ذلك جليا كون أغلب القضايا المعروضة على المحاكم في إطار منازعات العمل تتعلق به، ما دل على تقاوم وزيادة عدد العمال الذين طالتهم هاته الظاهرة مما ينعكس سلبا عليهم ويهدد أمنهم واستقرارهم الوظيفي.

كما تكمن أهمية هذا الموضوع في أن المشرع عمل على إيجاد تدابير وضمانات تحول دون أن يصبح العامل عاطلا عن العمل، غير أن هذه الغاية تبقى نسبية للغاية، كما تعتبر حماية العامل المسرح تعسفا من أهم وظائف القضاء الاجتماعي، من خلال محاولة رقابة مدى تقيد صاحب العمل بالضوابط والقيود أو الشروط القانونية الشكلية والموضوعية للتسريح التأديبي وترتيب الجزاء القانوني على الفصل الذي يعد تعسفا، وفقا لتقديره، إنصافا للعامل الأجير.

وقد أورد المشرع التسريح التأديبي بشكل مفصل في نص المادة 73 من قانون 11/90 المعدل والمتمم، والتي هي محل دراستنا، ولعل أسباب اختيارنا لهذا الموضوع، يعود إلى الميول الشخصي للبحث في مجال قانون العمل حتى يساهم في إثراء معارفنا في هذا المجال، وتعزيز تحكمننا فيه خاصة فيما يخص مجال عملنا بقسم الموارد البشرية، إضافة لكون الموضوع يمس بشريحة واسعة من المجتمع والمتمثلة في العمال.

إن موضوع بحثنا يثير إشكالية أساسية وعلى قدر كبير من الأهمية، وهي متى نكون أمام حالة إنهاء غير مشروع لعلاقة العمل، وماهي الآثار الناتجة عن هذا الإنهاء؟

وتبعا لذلك يمكن أن نطرح بعض التساؤلات الفرعية مثل:

- ما هي صور وحالات التسريح التعسفي؟
- في حال تسريح العامل تعسفا، ما هي التعويضات المكروسة في حقه؟
- هل يمكن لطرفي علاقة العمل رفض إعادة الإدراج في منصب العمل بعد إقرار التسريح التعسفي؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية قد تم الاعتماد على المنهج التحليلي والمنهج المقارن (القانون الفرنسي)، والمنهج التاريخي في بعض الأحيان لفهم النصوص المتعلقة بموضوع الدراسة.

في ذلك ارتأينا تقسيم بحثنا إلى فصلين، الفصل الأول سنتطرق فيه إلى تحقق التسريح التعسفي والفصل الثاني حول آثار هذا التسريح.

الفصل الأول



تحقيق

التسريح

التعسفي

الفصل الأول

تحقق التسريح التعسفي

إن من بين الأسباب القانونية التي تؤدي إلى إنهاء علاقة عمل المبرمة بين العامل والمستخدم أي صاحب العمل، هو التسريح التأديبي والذي يكون نتيجة ارتكاب العامل خطأ مهني جسيم.

ولقد تعرض المشرع الجزائري إلى التسريح التأديبي في كل القوانين المتعاقبة، سواء تلك التي ألغيت بموجب القانون رقم 11/90 المتعلق بعلاقة العمل أو المعدلة والمتممة له، وقد نظم المشرع هذه السلطة وقيدتها بشروط إجرائية وأخرى موضوعية من أجل وضع حد لسلطة رب العمل في مواجهة العامل من جهة وحماية مصالحه من جهة أخرى، فتركس ذلك بموجب نص المادة 73 من القانون السالف الذكر والتي عدلت بموجب القانون 29/91، نتيجة الانتقادات التي طالتها.

قد يخرج التسريح التأديبي عن إطاره الشرعي، فيصبح تعسفيا سواء بخرق الإجراءات الشكلية أو الموضوعية، لهذا سنتناول في هذا الفصل تحديد التسريح التعسفي من خلال مفهومه وحالاته في المبحث الأول، ثم تكيفه بالتعسفي في المبحث الثاني، بالتطرق إلى عدم مراعاة القواعد الموضوعية والإجرائية فيه.

المبحث الأول

تحديد التسريح التعسفي

تطرق المشرع الجزائري إلى موضوع إنهاء علاقة العمل في الفرع الثالث من الفصل السادس من القانون 11/90 المعدل والمتمم، المتعلق بعلاقات العمل¹، وبالرجوع إلى الواقع العملي، نجد أن معظم القضايا أو أكثرها والتي تطرح على القاضي الاجتماعي، تكاد لا تخلو من ادعاءات العمال من تعرضهم إلى التسريح المقترن بسوء النية في استعمال الحق من طرف رب العمل، محاولة منهم لإثبات التسريح التعسفي الذي تعرضوا له.

من خلال هذا المبحث، ستنحور دراستنا حول مفهوم هذا التسريح في المطلب الأول، وحالاته في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مفهوم التسريح التعسفي

لم يحدد المشرع الجزائري تعريفاً للتسريح التعسفي إنما اكتفى ببيان حالاته²، كما يعتبر تحديد عنصر التعسف من صلاحيات القاضي دون غيره، وهو مرتبط بمدى حسن أو سوء النية وذلك راجع لكون الباعث فيه باطني، ولا يظهر إلا من خلال آثار ممارسة هذا الحق.

1- قانون رقم 11/90، المؤرخ في 21 ابريل 1990، السابق الذكر.

2- العيداني ليندة، كريم ليتيسيا، «تسريح العمال في القانون الجزائري»، منكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع قانون العمل، تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فسم قانون الأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2016-2017، ص44.

إن الإنهاء التعسفي أو التسريح التعسفي، هو إنهاء غير مشروع ومخالف لأحكام قانون العمل، ومهما كان المصطلح المستعمل في التعبير فكلاهما يدل على التصرف الصادر من طرف رب العمل غير المطابق للقواعد القانونية المعمول بها، والمؤدي إلى نتيجة غير مشروعة.

الفرع الأول

مفهوم التسريح التعسفي فقها

عرف الأستاذ فتحي الدريني التعسف بقوله «المقصود بالتعسف أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له، بغرض أو بغير غرض، أو بمقتضى إباحة ما دون فيها شرعا على وجه يلحق بغيره الضرر أو يخالف حكمة المشروعية»¹.
كما نقل عن بعض علماء الأصول مفهوم التعسف بأنه عبارة عن «تحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحق لأجله». وعرف الأستاذ مصطفى الجمال الإنهاء التعسفي لعلاقة العمل بأنه «هو الإنهاء الذي لا يمكن إبطاله كتصرف قانوني وفقا للقواعد العامة في استعمال الحقوق لكنه يعتبر مع ذلك غير مشروع»².

الفرع الثاني

مفهوم التسريح التعسفي قانوناً

التسريح التعسفي في مجال التشريع العمالي؛ هو الخروج أو عدم احترام القواعد الشكلية و الموضوعية التي وضعها المشرع، بمعنى أن معيار التسريح في هذا المجال يتمثل في خرق الأحكام القانونية ، فقد يقوم المستخدم بتسريح عامل محترما في ذلك جميع القواعد التي نص عليها القانون، رغم وجود باعث داخلي سيء، ففي هذه الحالة يكون التسريح قانوني³ ، و بالرجوع

1- فتحي الدريني، «نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي»، مؤسسة الرسالة، الطبعة 4، بيروت 1977، ص 47.

2- مصطفى محمد الجمال، «الإنهاء غير المشروع لعلاقة العمل، محاولة تأصيل الجزاء»، بيروت 1970، ص 119-120.

3- عبد السلام ذيب، «قانون العمل الجزائري والتحولات الاقتصادية»، دار القصبية للنشر، الجزائر 2003، ص 277.

إلى المادة 73-03 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم بالقانون 29/91 التي تنص على انه « كل تسريح فردي يتم خرقا لأحكام هذا القانون يعتبر تعسفا و على المستخدم أن يثبت العكس » وبذلك، فإن التصرف الذي يقوم به المستخدم مخالفة لتشريع العمل، يكون مشوبا بطابع التعسف بغض النظر عن دوافعه أو نيته في ذلك.

وعليه يمكن تعريف التسريح التعسفي على انه «المتخذ مخالفة لمقتضيات المادة 73 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم، وهو التسريح الذي يؤسس على خطأ خارج النطاق القانوني المسطر بهذا النص، أو خطأ ضمن هذا النطاق لكن لم يثبت ارتكابه من طرف العامل».

فالتسريح التعسفي بذلك هو الذي ينفذ خرقا لقواعد القانون الموضوعية والجوهرية، وهو ما خلصت إليه المادة 73-04 فقرة 2، من خلال وضع معايير وضوابط، حيث اعتبرت التسريح التعسفي هو ذلك التسريح الذي يقع خرقا للمادة 73 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقة العمل المعدل والمتمم¹.

وخلاصة القول أن التسريح التعسفي، أو الفصل التعسفي يفيد إنهاء عقد العمل من قبل صاحب العمل، دون وجود سبب حقيقي للفصل، أو بدون احترام الإجراءات القانونية².

المطلب الثاني

حالات التسريح التعسفي

عدد المشرع الجزائري الحالات التي يعتبر فيها التسريح التأديبي مشوبا بالتعسف، من خلال تبيانها في نص المادة 73 مكرر 4 من القانون 11/90 المتعلق بعلاقة العمل، وباعتبار أن نظرية التعسف هي من القواعد العامة، فيمكن إسقاط قواعد القانون المدني المتعلقة بالتعسف عليها، لذا يمكن استخلاص الحالات التي تعد خرقا في النقاط التالي تبيانها.

الفرع الأول يشمل الحالات حسب القانون المدني، والفرع الثاني حسب القانون 11/90.

1- أمال بن رجال، «حماية العامل عند انتهاء علاقة العمل في القانون الجزائري»، بيرتي للنشر، الجزائر 2010، ص 127.

2- هدى لطيف العقيدي، «التعويض عن الفصل التعسفي في قانون العمل»، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات كليك، ص 15.

الفـرـع الأول

الحالات المستمدة من القانون المدني

تبنى المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق على غرار باقي التشريعات الحديثة، فقد نص في المادة 124 مكرر من القانون المدني على أنه «يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة».

والأصل أن يكون الحق مشروعاً، طالما أنه لم يتجاوز حدود الغاية والوظيفة التي شرع من أجلها، ولكن إذا تبين أن استعمال هذا الحق كان يهدف على إلحاق الأضرار بالغير، وانحرافه عن الغاية منه سيكون غير مشروع ويعتبر تعسفاً¹، وبتأمل هذه المادة وإسقاطها على قانون العمل يلاحظ انه يعد الإنهاء تعسفياً لعلاقة العمل في ثلاث حالات.

أولاً-قصد الإضرار بالغير

لا يحق للمستخدم إنهاء عقد العمل من أجل إلحاق الضرر بالعامل، سواء كان ذلك الضرر المراد تحقيقه مصرح به من قبل المستخدم بأن أعلن نيته بإيقاع الضرر بالعامل أو كانت النية غير معلن عنها صراحة وللقاضي سلطة تقديرية في الكشف عن نية المستخدم وذلك من خلال القرائن والأدلة التي تطرح أمامه².

1- همام محمد محمود، «قانون العمل (عقد العمل الفردي)»، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997-1998، ص497.

2- جادي فايزة «مسؤولية المستخدم عن الإنهاء غير القانوني لعلاقة العمل»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 02، المجلد 04، 2019، ص 269.

ثانياً-قلة الفائدة مقارنة بالضرر

يعتبر المستخدم متعسفا في استعمال حقه، إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، وهنا يمكن القول أن هناك نوعين من الطرد التعسفي، الأول طرد التعسفي المباشر نتيجة الإخلال بالعقد، والطرد التعسفي غير المباشر، و فيه يقوم المستخدم بمضايقات حتى يقوم العامل بتقديم استقالته، كأن يقوم المستخدم بتحويل مكان العمل، أو إلى مركز أقل من مؤهلاته وكفاءته، أو تكليفه بعمل غير متفق عليه، أو يقوم بمضايقات وأذى حتى يُقَدِّم العامل على الاستقالة¹.

ثالثاً-عدم مشروعية الغاية

من خلال نص المادة السابق، يتضح لنا أن ليس لرب العمل الحق في أن ينهي عقد العمل لتحقيق مصالح تتعارض مع أحكام القانون، أو مع الآداب العامة والنظام العام، كإنهاء عقد عمل لإحدىعاملات، لإرغامها على القيام بعلاقة غير مشروعة معه، فهذه العلاقة غير مشروعة ومنافية للآداب العامة وترمي إلى هدف غير مشروع ولا يقره القانون².

ويرى فقهاء قانون العمل أن الإنهاء غير المشروع لعلاقة العمل -التعسفي-يقوم على ثلاثة مفاهيم وهي نية إيقاع الضرر، الإهمال المستوجب للوم، خرق الإجراءات³، ويقع عبء إثبات التعسف طبقاً للقواعد العامة، على عاتق من يدعيه فالأصل أن صاحب الحق يستعمله استعمالاً مشروعاً، ولا يلتزم بإثبات مشروعية هذا العمل أو تقديم المبرر له.

1- أشرف أحمد عبد الوهاب، «إبراهيم السيد أحمد، عقد العمل في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء»، دار العدالة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2018، ص153.

2- شوقي يناس، «التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدلة للقانون المدني»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 46، العدد 3، ص220.

3- راشد راشد، «شرح علاقة العمل الفردية والجماعية في ضوء التشريع الجزائري»، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1991، ص228.

الفـرع الثـاني

الحالات المستمدة من القانون 11/90

إن لصاحب العمل سلطة إيقاف أو فصل العامل، وذلك بموجب علاقة التبعية التي تربط الطرفين، وذلك حماية لمصالح رب العمل من جهة، وضمانا لاستقرار وفعالية النظام في المؤسسة من جهة أخرى، غير أن هذه السلطة مقيدة في حدود الأخطاء الجسيمة التي حصرها المشرع من خلال تعديل نص المادة 73 بموجب قانون 29/91، ضمانا لعدم تعسف أصحاب العمل.

للتسريح التعسفي في مجال قانون العمل صور متعددة، حيث نصت المادة 73 مكرر 4 من القانون رقم 11/90 على أنه «إذا حدث تسريح العامل خرقا لأحكام المادة 73 أعلاه يعتبر تعسفي»، ولقد حصر المشرع هذه الحالات فيما سنتطرق إليه في الآتي.

أولاً-عدم مراعاة ظروف ارتكاب الخطأ

لقد بينت أحكام المادة 73 مكرر 1 من القانون 11/90 هذه الحالة، من خلال إلزام المستخدم بأن يراعي عند تحديد وصف الخطأ الجسيم، الذي يرتكبه العامل للظروف التي أدت إلى ارتكابه، فمخالفة هذا الإجراء يعتبر خرقا لأحكام القانون، إذ تعتبر هذه القاعدة آمرة في صياغتها ولا يجوز مخالفتها وإلا اعتبر تصرفه باطلا والتسريح تعسفياً¹.

جسدت المحكمة العليا هذه الحالة، في الكثير من قراراتها على غرار القرار الصادر في 13/02/2001، الذي أكدت فيه أن في حالة الغياب المبرر بشهادة طبية مدفوعة لدى مصالح الضمان الاجتماعي الذي لديه حق المراقبة الطبية، يعتبر الغياب مبرراً، وبالتالي يكون قرار الطرد تعسفياً، حيث وفقاً لهذا القرار فإن صاحب العمل ملزم بمراعاة الظروف التي دفعت العامل إلى التغيب قبل توقيع عقوبة التسريح عليه.

1- محمد حسان هاجر، بن عيسى أسماء، «انتهاء علاقة العمل في ظل القانون 11/90 المعدل والمتمم»، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الضمان الاجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبالي بونعامة، خميس مليانة، سنة 2014-2015، ص74.

كما جاء في حيثيات قرار آخر لها، صادر بتاريخ 2005/03/16، أنه لا يعد خطأ مهني جسيم يستوجب التسريح، الخطأ الجزائي الذي يرتكبه العامل، خلال أوقات العمل بمناسبة الدفاع عن مصلحة المؤسسة، ومادام أن الخطأ الجسيم لم يرتكب بنية الإضرار بمصالح المؤسسة بل دفاعا عنها، فإنه لا يعد خطأ جسيماً يستحق تسريح العامل¹.

ثانياً-التسريح في غياب النظام الداخلي

لا يجوز للمستخدم أن يتخذ قرار التسريح التأديبي، إلا بوجود النظام الداخلي للهيئة المستخدمة الملزمة بإعداده، وأن كل تسريح تأديبي اتخذه هذا الأخير في غياب هذا النظام، يعد تعسفياً وهذا ما نصت عليه المادة 73 مكرر 2 في الفقرة الأولى بقولها «يعلن عن التسريح المنصوص عليه في المادة 73 أعلاه ضمن احترام الإجراءات المحددة في النظام الداخلي...».

كل مستخدم ملزم بإعداد نظام داخلي في حال وجوبه، يحدد فيه الأخطاء والعقوبات المقررة لها، والإجراءات التأديبية الواجب إتباعها².

ثالثاً-خرق الإجراءات التأديبية القانونية و/أو الاتفاقية الملزمة

من خلال نص المادة 73 مكرر 4 فإنه يعد تسريحاً تعسفياً للعامل، إذا حدث خرقاً لأحكام قانون العمل، أو اتفاقية إلزامية، كعدم سماع العامل أو تبليغه بقرار التسريح التأديبي الصادر بحقه، أو عدم السماح له بالاستعانة بشخص آخر للدفاع عنه، والقاعدة أن تسريح العامل قبل إحالته وجوباً على لجنة التأديب يعد تسريحاً تعسفياً، خاصة إذا نص النظام الداخلي للهيئة المستخدمة على ذلك، كما يكون التسريح تعسفياً إذا انعدم السبب الحقيقي والجدي المؤدي للتسريح³.

1- نبي محمد، «ضعف الحماية القضائية للعامل المسرح تسريحاً تأديبياً تعسفياً في التشريع الجزائري»، مجلة منازعات الأعمال، هشام الأعرج، المغرب، 2015، عدد 7، ص 6.

2- حمزة فارس، بوشليط عفاف، وآخرون، «التنظيم القانوني لإنشاء وإنهاء علاقة العمل في التشريع الجزائري حسب قانون 11/90»، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 2004، 15-2007، ص 54.

3- الغريبي عبد الرحيم، «أسباب انقضاء علاقات العمل في التشريع الجزائري»، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة 2018-2019، ص 58.

رابعاً-عدم إثبات المستخدم للخطأ الجسيم

تنص المادة 73 مكرر 3 من قانون 11/90 المعدل والمتمم بأنه: «كل تسريح فردي يتم خرقاً لأحكام هذا القانون يعتبر تعسفياً، وعلى المستخدم أن يثبت العكس» .

وفي الواقع فإن تسريح العامل كما هو محدد بالمادة أعلاه، يعتبر تعسفياً رغم أنه استوفى جميع الإجراءات القانونية، والاتفاقية الملزمة، المحددة بالأنظمة الداخلية للمؤسسات، ولكن رغم هذا يكون التسريح تعسفياً؛ نظراً لكون الخطأ المنسوب للعامل غير ثابت في حقه.

وهذا ما طبقته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 17 جانفي 2001، حيث جاء في حيثياته «...عدم ثبوت ارتكاب العامل خطأ جسيماً يجعل التسريح تعسفياً ولو تم وفقاً للإجراءات التأديبية...»¹.

خامساً-التسريح مخالفه للمادة 12 من القانون 11/90

هو تسريح العامل عند انتهاء مدة عقد العمل المبرم مخالفة للمادة 12 من قانون 11/90، ذلك أن عقد العمل المحدد المدة، ينصب على إنجاز أعمال ذات طبيعة مؤقتة أو موسمية، وهي الأعمال التي تقتضي مدة محدودة لإنجازه، طبقاً لما ورد في نص المادة 12 من القانون رقم 11/90 المعدلة والمتممة².

كما أن إبرام عقد عمل محدد المدة خارج الحالات المذكورة سابقاً؛ يجعله عقد غير محدد المدة طبقاً للمادة 14 من القانون 11/90، ومن ثم تسريح العامل عند انتهاء مدة العقد المبرم مخالفة للمادة 12، ودون ارتكاب خطأ جسيم منه، يعد تسريحاً تعسفياً، وبالتالي فعقد العمل المحدد المدة يجب ألا يخرج عن إحدى هذه الحالات المنصوص عليها في المادة 12، ويجب أن يذكر

1- زوية عز الدين، «سلطة المستخدم التأديبية في إطار المادة 73 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقة العمل»، رسالة ماجستير في القانون، فرع القانون الخاص - عقود ومسؤولية-، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2011، ص 128-129.

2- المادة 12 من القانون رقم 11/90 المتممة بالمادة 2 من قانون 21/96 «يمكن إبرام عقد العمل لمدة محدودة بالتوقيت الكامل أو التوقيت الجزئي في الحالات المنصوص عليها صراحة أدناه: عندما يوظف العامل لتنفيذ عمل مرتبط بعقود أشغال أو خدمات غير متجددة، عندما يتعلق الأمر بإستخلاف عامل مثبت في منصب تغيب عنه مؤقتاً، ويجب على المستخدم أن يحتفظ بمنصب العمل لصاحبه، عندما يتطلب الأمر من الهيئة المستخدمة إجراء أشغال دورية ذات طابع متقطع، عندما يبرر ذلك تزايد العمل أو أسباب موسمية، ويبين بدقة عقد العمل في جميع هذه الحالات مدة علاقة العمل و أسباب المدة المقررة.».

في عقد العمل بدقة سبب تحديد مدة العقد، ذلك أن الأصل في عقود العمل هو أنها تبرم لمدة غير محددة¹.

سادساً-التسريح لارتكاب خطأ يعاقب عليه قانون العقوبات

إن الأفعال التي يعاقب عليها التشريع الجزائي، والتي تعد أخطاء جسيمة حسب نص المادة 73 من قانون رقم 11/90 المعدلة، والمتممة بالمادة 2 من قانون 29/91؛ فإن المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 17 جانفي 2001، اعتبرت أن الخطأ المهني المؤدي إلى إنهاء علاقة العمل والذي يشكل جريمة في القانون الجزائي لا يمكن اعتماده كسبب للتسريح ما لم يثبت وقوعه بحكم قضائي نهائي حائز قوة الشيء المقضي فيه قبل التسريح من العمل، إذ جاء في قضية رقم 211629 بين (م.أ) و (ص.م) وفي حيثيات قرار المحكمة العليا أنه: «... حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المنتقد تبين منه، أن قاضي الدرجة الأولى، أسس قضاءه بأن تهمة السرقة المنسوبة للعامل، تعد من الأخطاء التي يعاقب عليها القانون الجزائي، والتي لا يمكن إثباتها في حق العامل إلا بموجب حكم قضائي نهائي بإدانته. وفي قضية الحال فإن هذه التهمة تبقى مجرد اتهام غير ثابت في حق العامل بانعدام الحكم القضائي»².

حيث أنه من الثابت من اجتهاد المحكمة العليا أن الخطأ المهني المؤدي إلى إنهاء علاقة العمل؛ والذي يكون جريمة في القانون الجزائي، لا يمكن اعتماده كسبب للتسريح، ما لم يثبت وقوعه بحكم نهائي حاز قوة الشيء المقضي، فيه قبل الإعلان على التسريح.

سابعاً-التسريح خلال فترة تعليق علاقة العمل

لا يجوز أن تتخذ ضد العامل في فترة تعليق علاقة العمل أي عقوبة تأديبية، والقضاء استقر على ذلك، إذ يمنع على صاحب العمل اتخاذ إجراءات تأديبية أو عقوبات طوال تلك الفترة، بغض النظر عن سبب التعليق، ذلك أن صاحب العمل يفقد حقه التأديبي الذي يمارسه على

1- بن عيش نجود، «دراسة المادة 73 من قانون العمل على ضوء قرارات المحكمة العليا»، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 15، 2005-2006، ص 34-35.

2- أحمية سليمان، «التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، (علاقة العمل الفردية)»، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 104.

العامل، ومن بين أسباب تعليق علاقة العمل، نجد العطل المرضية، وحرمان العامل من حريته، حالة اتفاق الطرفين أو الاستيلاء، أداء التزام الخدمة الوطنية، ممارسة مهمة انتخابية عمومية، صدور قرار تأديبي يعلق ممارسة الوظيفة، الإضراب، التكوين والتربص، إضافة إلى القوة القاهرة.

تعليق علاقة العمل في التشريع الوطني نص عليها القانون 11/90 من خلال المادة 64 منه. ولقد ذهبت المحكمة العليا إلى أنه لا يجوز للمستخدم مباشرة الإجراء التأديبي خلال فترة تعليق علاقة العمل، من خلال عدة قرارات منها القرار رقم 529206 الصادر بتاريخ 2009/04/01¹.

ثامناً-التسريح بسبب المشاركة في إضراب

والمقصود بالإضراب هو الذي احترمت فيه جميع الإجراءات المنصوص عليها في القانون 02/90 من خلال المادتين 4 مكرر 1 فقرة 3² والمادة 5 منه، ومن ثم يعد العامل الذي شارك في هذا التوقف الجماعي عن العمل غير المشروع، قد ارتكب خطأ جسيماً يستوجب تسريحه تأديبياً بدون مهلة العطلة والعلاوات. ولقد اعتمدت المحكمة العليا ذلك من خلال قرارها رقم 1205085 الصادر بتاريخ 2018/02/08³، في قضية المؤسسة العمومية لأشغال الطرق جنوب شرق (eptr) ضد (ص.س)، حيث رفضت الطاعنة بإعادة إدماج المطعون ضده في منصب عمله، و احتفاظه بالامتيازات المكتسبة، حيث تبين من الحكم المطعون فيه أن قاضي الموضوع اعتمد في حكمه على عدم إثبات قيام العامل بالإضراب، دون أن يتصدى أصلاً لمناقشة شرعية الإضراب من عدمه، و التي هي من اختصاصه وحده على ضوء القانون 02/90 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل، وأصدرت المحكمة العليا على إثره كما قضى بنقض وإبطال الحكم المطعون فيه.

1- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 529206 الصادر بتاريخ 2009/04/01، مجلة المحكمة العليا، سنة 2010، العدد 02، ص 377.

2- المادة 4 مكرر 1، فقرة 3 من قانون 02/90 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب المعدل والمتمم بقانون 27/91 تنص: «يعقد المستخدمون وممثلو العمال اجتماعات دورية ويدرسون فيها وضعية العلاقات الاجتماعية والمهنية وظروف العمل العامة داخل الهيئة المستخدمة.

تحدد كليات تطبيق هذه المادة، لا سيما دورية الاجتماعات في الاتفاقيات والاتفاقيات التي تبرم بين المستخدمين وممثلي العمال.»
3- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 1205085 الصادر بتاريخ 2018/02/08، مجلة المحكمة العليا، سنة 2018، العدد 1، ص 126.

المبحث الثاني

تكييف التسريح التعسفي

يكيف التسريح التأديبي بالتعسفي لما يصدر مخالفة للقواعد الإجرائية المحددة قانوناً، أو اتفاقاً، أو مخالفة للقواعد الموضوعية القانونية. وقد يكون التسريح مطابقاً للقواعد الإجرائية ومخالف للموضوع كما يكون العكس صحيحاً¹.
ومن خلال هذا المبحث، سنتطرق لعدم مراعاة القواعد الموضوعية في التسريح في المطلب الأول، والإجرائية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

عدم مراعاة القواعد الموضوعية للتسريح

تتمثل القواعد الموضوعية للتسريح، في مدى توفر فكرة السبب الحقيقي والجدى، أي ألا يكون وهمياً أو صورياً، فيجب أن يكون السبب موجوداً ومشروعاً وصحيحاً motif réel et sérieux².

وباعتبار أن العامل هو الطرف الضعيف في العلاقة، فإن المادة 1/73 ألزمت رب العمل عند تكييفه للخطأ بمراعاة مجموعة من الشروط والقيود الخاصة ويعبر بدونها التسريح تعسفياً حتى ولو جاء مستنفذاً لجميع الإجراءات الشكلية.

1- عبد السلام ديب، «قانون العمل الجزائري والتحول الاقتصادي»، دار القصب للناشر، الجزائر، 2003، ص. 477.

2- عثمان محمد عبد الحميد، «الإنهاء التعسفي لعقد العمل، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه»، جامعة أسبوط، القاهرة، كلية الحقوق، سنة 2002، ص. 12.

الفـرع الأول

ضرورة توفر الخطأ الجسيم

بالعودة إلى القانون 11/90 نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف الخطأ الجسيم المؤدي إلى التسريح التأديبي، بل اكتفى بنص المادة 73 منه، على أنه يعتبر تسريحاً تأديبياً في حالة ارتكاب العامل لخطأ جسيم، لكن يمكن تعريفه على أنه الخطأ الذي يرتكبه العامل شرط أن يكون عن قصد من قبله، إما إيجاباً أو سلباً، أي القيام بعمل ايجابي أو الامتناع عن القيام بعمل باعتباره تصرفاً سلبياً صادراً عنه ومنتجاً لضرر¹.

ولقد اختلفت تكييف الخطأ بالجسيم بتطور المادة 73 من القانون 11/90، ففي بادئ الأمر كانت المادة 73 الأصلية تخول للمستخدم الذي يشغل أكثر من 20 عاملاً، سلطة إعداد النظام الداخلي وفق إجراءات إعداد معينة، فكان يحدد من خلاله في المجال التأديبي طبيعة الأخطاء المهنية، ودرجة العقوبات المطابقة وإجراءات تنفيذها؛ فكان بذلك صاحب العمل يتمتع بسلطة تكاد تكون مطلقة².

ثم جاء نص المادة 02 من القانون 29/91 مكملاً لمحتوى المادة 73 من القانون 11/90 التي اتسمت بالغموض، وحصرت الأخطاء الجسيمة فيثمان (8) حالات، والتي في حال ثبوتها يسرح العامل دون مهلة إخطار ولا تعويض.

من جهة أخرى، فإن القول بأن التعديل جاء ليفيد الحصر، من شأنه أن يستبعد دور النظام الداخلي، لاسيما أحكام المادة 77³ من القانون 11/90 التي لا تزال سارية المفعول، والتي تسند للنظام الداخلي، حق تكييف الأخطاء المهنية وما يقابلها من عقوبات.

3- عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 436.

2- بن صاري ياسين، «التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري»، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2006، ص 14-15.

3- المادة 77 فقرة 2 من القانون 11/90 السابق الذكر، «يحدد النظام الداخلي في المجال التأديبي، طبيعة الأخطاء المهنية ودرجات العقوبات المطابقة وإجراءات التنفيذ».

أولاً-الخطأ المعاقب عليه جزائياً

هذا النوع من الأخطاء يعاقب عليه التشريع، ولكي يعتبر الخطأ خطأً جسيماً يجب أن تجتمع فيه الشروط التالية:

- أن يشكل الفعل جريمة في قانون العقوبات الجزائري مع صدور حكم نهائي بالإدانة¹.
- أن يرتكب الفعل المجرم داخل الهيئة المستخدمة كالسرقة والتزوير، اختلاس الأموال العمومية ولا يعتبر كذلك إذا صدر خارج مكان العمل².

لا يسرح العامل إلا بعد النطق بالحكم بإدانتته، ففي انتظار صدور حكم بعد تحريك الدعوى العمومية، لصاحب العمل حق تعليق علاقة العمل طبقاً لنص المادة 64 من القانون 11/90.

ثانياً-رفض التعليمات

نقصد بالرفض هنا سواء كان بصفة صريحة أو ضمنية³، فقد أشار المشرع في هذه الحالة إلى التبعية المستمدة، من نص المادة 2 و 7 من القانون 11/90 فبالرجوع إلى نص المادة 2 تظهر لنا جليا التبعية التي تعتبر من عناصر عقد العمل، المتمثلة في تأدية عمل يدوي أو فكري لحساب شخص آخر، مقابل أجر يدفعه هذا الأخير، تحت إشرافه، وإدارته يسمى المستخدم.

وبخصوص رفض تنفيذ التعليمات، جاء قرار المحكمة العليا ليؤكد مرة أخرى، على أنه يعد خطأً جسيماً يستوجب التسريح بدون مهلة أو تعويض: «من المقرر قانوناً، أنه يعد خطأً من الدرجة الثالثة، وتصل عقوبتها إلى التسريح دون مهلة مسبقة ودون تعويضات، رفض العامل تنفيذ التعليمات التي يتلقاها من السلطة المشرفة عليه، لإنجاز أشغال ترتبط بمنصب عمله دون تقديم عذر مقبول»⁴.

1- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 211629، الصادر بتاريخ 2002/02/17، مجلة المحكمة العليا، سنة 2002، العدد 1، ص 173.

2- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 190088، الصادر بتاريخ 2000/02/15، مجلة المحكمة العليا، سنة 2001، العدد الثاني، ص 94.

3- عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 436.

4- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 129038، الصادر بتاريخ 1995/12/19، مجلة المحكمة العليا، سنة 1995، العدد الثاني، ص 120.

ثالثاً- إفشاء أسرار مهنية

نقصد بهذه الحالة السر المهني والذي عرفه بعض الفقه على أنه «كل ما توصل إليه العامل من خلال عمله أو بمناسبته والذي لا يجب أن يتكلم عليه، حفاظاً على مصلحة المؤسسة، وحسن سيرها..»¹.

يلتزم العامل قانونياً بالحفاظ على كل الأسرار التي تتعلق بمهنته؛ ومخالفة ذلك يعرضه لعقوبة التسريح التأديبي، كلما قام بإفشاء معلومات مهنية سواء تعلقت بالتقنيات المستعملة أو بالتكنولوجيا وطرق الصنع، والتنظيم أو وثائق داخلية، وهو ما أكدته المشرع الجزائري في نص المادة 7 فقرة 8 من القانون 11/90 «أن لا يفشوا المعلومات المهنية المتعلقة بالتقنيات والتكنولوجيا وأساليب الصنع وطرق التنظيم بصفة عامة..».

غير أن هذا المنع كمبدأ عام، ترد عليه بعض الاستثناءات الخاصة بحالات الرقابة و التفتيش، و التي تمارسها السلطة المختصة أثناء ممارسة مهامها، و التي تلتزم بدورها بالمحافظة على هذه الأسرار التي تطلع عليها، كما هو الشأن بالنسبة لمفتش العمل، إذ تنص المادة 19 من قانون مفتشية العمل على أنه «يتعين على مفتشية العمل تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما أن يتقيدوا بسر المهنة»².

رابعاً- المشاركة في توقف جماعي وتشاوري عن العمل

يعتبر الإضراب من الحقوق التي أقرها المشرع للعامل والتي كرسها بالقانون 02/90 المتعلق بالوقاية من النزاعات العمل الجماعية، لكن هذا الحق مقيد بضوابط وشروط، غير ذلك يكون العامل أو العمال في حالة ارتكاب خطأ مهني جسيم، وتكمن هذه الشروط فيما يلي:

• استنفاد الطرق والوسائل الودية لحل النزاع وذلك حسب نص المادة 24 من القانون 02/90.

• استدعاء جماعة العمال المعنيين إلى جمعية عامة بعد إعلام المستخدم.

1- همام محمد محمود زهران، «قانون عمل (عقد العمل الفردي)»، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 2006، ص 346.
2- القانون رقم 03/90 يتعلق بمفتشية العمل، المؤرخ في 10 رجب عام 1410 هجري الموافق لـ 6 فبراير سنة 1990، الجريدة الرسمية، العدد 06، الصادرة بتاريخ 11 رجب 1410 هجري الموافق لـ 7 فبراير 1990 م، ص 237-244.

• وجوب موافقة أغلبية العمال المجتمعين في إطار الجمعية العامة بحضور نصف العمال الذين تتكون منهم جماعة العمال المعنية على الأقل طبقاً للمادة 27 و 28 من القانون 02/90.

• احترام مدة الإشعار المسبق التي لا تقل عن 8 أيام من تاريخ إيداعه حسب المادة 29 و 30 من القانون السالف الذكر.

• إضافة إلى وجوب توفير الحد الأدنى من الخدمة وتحديد مدة الإضراب، كما يعتبر رفض العامل المعني القيام بالحد الأدنى من الخدمة خطأ مهني جسيم يعاقب عليه التشريع¹.

و من قرارات المحكمة العليا في مجال الإضراب، القرار رقم 1202085 بتاريخ الذي 2018/02/08 «يعتبر التسريح تعسفياً، إذا لم يتم الفصل في مسألة الإضراب ولم تثبت عدم شرعيته»².

خامساً-القيام بأعمال عنف

تعتبر أعمال العنف الصادرة من العامل خطأً جسيماً مهما كانت الضحية، فالمشرع الجزائري لم يحدد الأشخاص الذين تصدر ضدهم هذه الأعمال، واكتفى بالنص على صدور أعمال عنف من قبل العامل مع عدم الإشارة إلى نوع هذا العنف، لكن بالرجوع إلى النص التشريعي فإنه يحيل إلى العنف الجسدي دون الأنواع الأخرى من العنف كالعنف اللفظي.

كما يجب لتكثيف العنف الصادر من العامل بخطأ مهني جسيم، أن يقترفه العامل داخل مكان العمل، أما في حالة صدور العنف خارجه، وجب صدور حكم بإدانته لكن ليس على أساس خطأ مهني، بل يتم تسريحه كعقوبة تأديبية تكميلية³.

1- منتري مسعود، «التسريح الفردي في تشريع العمل الجزائري»، مجلة العلوم القانونية كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد خاص، سنة 2006، ص 114.

2- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 1202085، الصادر بتاريخ 2018/02/08، مجلة المحكمة العليا، سنة 2018، العدد الأول، ص 126.

3- بن صاري يسين، المرجع السابق، ص 41-44.

ومن أحدث القرارات في مجال العنف داخل أماكن العمل، القرار رقم 1235208 الصادر بتاريخ 2018/07/04، بين مديرية الخدمات الاجتماعية والثقافية لعمال الصناعات الكهربائية والغازية، كطرف طاعن ضد (ح م) المطعون ضدها، حيث كان على قاضي الموضوع مناقشة الأخطاء الموجهة للمطعون ضدها والعقوبات المطابقة لها على ضوء النظام الداخلي للمؤسسة والمادة 73 وما بعدها من القانون 11/90، ولما كان الأمر خلاف ذلك تقرر نقض وإبطال الحكم وإحالته على نفس المحكمة¹.

سادساً-التسبب في أضرار مادية

يعتبر الحفاظ على وسائل العمل وأدواته، وتوفير الحد الأدنى من العناية، من الالتزامات الواقعة على عاتق العامل، أثناء تأديته مهامه، فعليه المحافظة عليها، وألا يتسبب في هلاكها وإتلافها، وعكس ذلك يؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية، إلا إذا لم يثبت ذلك، أي انتفاء عنصر العمد في إلحاق الضرر، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 157838 الصادر بتاريخ 1998/02/10².

سابعاً-رفض تنفيذ أمر التسخير

نظم المشرع هذا الالتزام بموجب المواد، 41 و42 من القانون 02/90، فإذا رفض العامل أمر التسخير، أعتبر ذلك خطأ جسيماً يؤدي إلى التسريح التأديبي، وكذا معاقبته جزائياً لأنه يؤدي إلى الشلل التام للهيئة المستخدمة، وإلحاق أضرار فادحة بها³.

إذا كان الإضراب يمس الأنشطة الحيوية التي يمكن أن يضر انقطاعها التام استمرار المرافق العمومية الأساسية، أو يمس الأنشطة الاقتصادية الحيوية، فيتعين تنظيم مواصلة الأنشطة

1- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 1235208، الصادر بتاريخ 2018/07/04، مجلة المحكمة العليا، سنة 2018، العدد الثاني، ص 120.

2- بن صاري يسين، المرجع السابق، ص 46.

3- بن شويب جمال «التسريح التأديبي للعامل»، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر تخصص قانون اجتماعي الدفعة 2، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر 2001، ص 19.

الضرورية للمحافظة على قدر أدنى من الخدمة إجباري، أو ناتج عن مفاوضات أي اتفاقيات أو عقود، كما نصت على ذلك المادتين 38 و39 من القانون أعلاه.

وإذا استحال على الأطراف الاتفاق، سمح القانون للمستخدم أو السلطة الإدارية المعنية بعد استشارة ممثلي العمال، تحديد النشاطات التي يتطلب القدر الأدنى من الخدمة والعمال الضروريين للتكفل به، واعتبر بموجب المادة 40 من نفس القانون أن رفض العمال المعنيين القيام بالقدر الأدنى من الخدمة المعروض عليهم يعد خطأ مهنيا جسيما.

وفي هذه الحالة انتقال من القانون رقم 11/90 إلى قانون رقم 02/90 تأكيد على أن الخطأ الجسيمة لا يمكن التطرق لها إلا في إطار القانون أو التنظيم المعمول بهما.

ولقد نصت المادة 41 من قانون 02/90 على أنه: «عملا بالتشريع الساري المفعول يمكن أن يؤمر بتسخير العمال المضربين الذين يشغلون في الهيئات أو الإدارات العمومية أو المؤسسات مناصب عمل الضرورية لأمن الأشخاص، المنشآت والأماكن لضمان استمرار المصالح العمومية الأساسية في توفير الحاجيات الحيوية للبلاد أو الذين يمارسون أنشطة لازمة لتمويل السكان»¹.

ثامنا-تناول الكحول والمخدرات

يعتبر تناول الكحول والمخدرات داخل أماكن العمل، خطأ جسيما حسب نص المادة 8/73 من القانون 11/90 ينجر عنه التسريح، غير أن الإشكال المطروح في حكم تناولهما خارج أماكن العمل و الالتحاق بالعمل و العامل في حالة سكر أو تحت تأثير المخدر؟

بالتمعن في هذه الحالة، نجد أن المشرع يرمي من خلال ذلك إلى الحفاظ على القوة العقلية والجسدية للعامل، وليس القصد منه الجانب الأخلاقي أو الديني، وبالتالي فإن وجود العامل على هذه الحالة بمكان عمله، أو بالمؤسسة، يضر بهذه الأخيرة سواء من حيث المردود أو السمعة².

1- بن عيش نجود، المرجع السابق، ص 20.

2- جلال مصطفى الفريشي، «شرح قانون العمل الجزائري، (علاقات العمل الفردية)»، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 326.

الفـرع الثـانـي

القيود المحيطة بالخطأ الجسيم

يتمتع رب العمل بحرية في تحديد الأخطاء الجسيمة ضمن نظامه الداخلي بالموازاة لما توصلت إليه اجتهادات المحكمة العليا، لذلك وجب عليه احترام بعض الاعتبارات التي جاءت بها المادة 73 مكرر 1 من القانون 11/90 المعدل والمتمم وذلك بعد تراجع القضاء عن موقفه في حصرية الأخطاء الجسيمة، و إمكانية إضافة أخطاء أخرى للتعداد الوارد في نص المادة 73، وذلك بتفسير المادة السالفة الذكر بالمادة 2/77، عن طريق النظام الداخلي، وهذا ما أكدته المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2004/12/15 وكذا القرارات الصادرة بتاريخ 2005/05/11 و2008/01/16¹.

أولاً-مراعاة الظروف الملايئة للخطأ الجسيم

حسب نص المادة 73 مكرر 1 السالفة الذكر وجب على صاحب العمل، عند تسريح العامل أن يأخذ بعين الاعتبار ظروف وملابسات ارتكاب الفعل أو التصرف المكيف على انه خطأ جسيم، والظروف والملابسات المحيطة بالعامل، كذلك الأسباب والدوافع التي أدت إلى ارتكاب الفعل وذلك بالرجوع إلى حياة العامل، محيطه، شخصيته، طوال وجوده في المؤسسة والنظر إلى نيته وحسن سيرته، كما وجب عليه أن يبحث عن المعطيات التي تساعد على تقدير الظروف المخففة والمشددة ومدى تناسب الخطأ وجسامته مع العقوبة المناسبة، فهذا يعد قيوداً و ضمانات للعامل في مراقبة تعسف صاحب العمل في ممارسة سلطته التأديبية².

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها الصادرة في 2005/03/16 حيث أنه لا يعد خطأ مهنياً جسيماً يستوجب التسريح، الخطأ الجزائي الذي يرتكبه العامل خلال أوقات العمل

1- زوية عز الدين، المرجع السابق، ص 57.

2- بوشبان متواعدين، التسريح التعسفي وتنفيذ الأحكام الاجتماعية، مذكرة لنيل إجازة تخرج المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 1994، ص 2

أو بمناسبة دفاعا عن المؤسسة¹، لأنه في هذه الحالة يكون لم يرتكبه إضرارا بمصالح المؤسسة بل دفاعا عنها.

ثانيا- إثبات مشروعية التسريح

يجب على المستخدم عند اتخاذ قرار التسريح، أن يثبت ارتكاب العامل لخطأ مهني جسيم، أي عدم تعسفه في استعمال سلطته المخولة له قانونا، وذلك حسب ما نصت عليه المادة 73 مكرر 3 من القانون 11/90 المعدل والمتمم، وعلى هذا الأساس يقع على المستخدم عند تسريحه للعامل، أن يثبت أن هذا الأخير قد ارتكب خطأ مهنيا جسيما، فبالتالي يلقي عليه عبء إثبات وجود الخطأ، وبعدم ثبوته يعتبر التسريح تعسفيا في مواجهة العامل ولو تم ذلك وفق للإجراءات التأديبية القانونية.

المطلب الثاني

عدم مراعاة القواعد الإجرائية للتسريح

إن الملاحظة الأساسية التي تستوقفنا عند استقراء نصي المادة 73 مكرر2، والمادة 73 مكرر4، هي أن المشرع رسم مجموعة من القواعد الإجرائية، يتعين على صاحب العمل احترامها في ممارسة سلطته التأديبية، لكن لا يكون التشريع مصدرها الوحيد، بل يمكن أن يكون مصدرها تنظيمي أو تفاوضي، كالنظام الداخلي أو الاتفاقية الجماعية².

1- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 289603، الصادر بتاريخ 2005/03/16، مجلة المحكمة العليا، سنة 2015، العدد الأول، ص 177.

2- بن صاري يسين، المرجع السابق، ص 82.

الفـرع الأول

عدم مراعاة القواعد الإجرائية المقررة بنص قانوني

قبل تعديل المادة 73 من القانون 11/90 كانت تعطي صلاحية تحديد الإجراءات الواجب اتخاذها، لتأديب العامل المرتكب للخطأ الجسيم لرب العمل وذلك بتبنيها في النظام الداخلي، لكن سرعان ما تراجع المشرع عن موقفه، بموجب القانون 29/91 بإدراجه نص المادة 2/73 التي تلزم صاحب العمل، باحترام مجموعة من الإجراءات قبل تسريح العامل، وإلا اعتبر تسريحا تعسفيا¹.

أولا- سماع العامل

يعد سماع العامل المعرض للتسريح التأديبي، إجراء جوهريا ينبغي على صاحب العمل القيام به، وإلا اعتبر قرار التسريح المتخذ ضده غير قانوني، ومن ثم يعد التسريح تعسفيا، ولا يخفى أن سماع العامل له أهمية بالغة، إذ يعطي للأطراف فرصة لتقدير ظروف وخطورة الوقائع ومدى اتساعها، والضرر اللاحق بصاحب العمل. كما يمكن العامل من إعطاء توضيحات أكثر عن كيفية صدور هذا الخطأ، وعليه يمكن القول أن إجراء السماع الذي نص عليه المشرع يعد عنصرا فعّالاً، في تمكين المستخدم من تطبيق المادة 73 مكرر 1 تطبيقا سليما، ومن ثم الوصف السليم للخطأ الذي يرتكبه العامل إن كان خطأ جسيما أم لا.

ولكن مما ينبغي الإشارة إليه، كما تنبه لذلك القاضي، دحماني مصطفى في محاضرة ألقاها بمجلس قضاء وهران، أنه يعاب على المشرع أنه لم ينظم الإجراء الأولي المتمثل في الاستدعاء، ولم يضبط حدوده، كتاريخ وساعة السماع، موضوع الاستدعاء، والوقائع المنسوبة إليه، وكذا إخباره بحقوقه كحقه في اختيار من يمثله عند السماع².

1- بن صاري يسين، المرجع السابق، ص 83.

2- بن عيش نجود، المرجع السابق، ص 24.

تفاديا لتعسف صاحب العمل وإهدار حقوق العامل، كان من الأفضل لو نظم المشرع الجزائري هذا الإجراء، تنظيمًا دقيقًا ومفصلاً دون ترك المجال لرب العمل لاستعماله كما يحلو له¹.

ثانياً- الاستعانة بزميل

أعطى المشرع للعامل، حرية اختيار عامل آخر يكون زميل له، أو ممثل العمال، (نقابي) بشرط أن يكون هذا العامل المصاحب ينتمي إلى نفس الهيئة المستخدمة، فاعتبر هذا تقييد في حرية العامل لاختيار المدافع، فلا يحق له اختيار عامل أجنبي عن المؤسسة، خلافاً للتشريع السابق الذي كان يسمح بذلك، بموجب المادة 65 من المرسوم 302/82 المؤرخ في 1982/09/11²، المتعلق بكيفيات تطبيق الأحكام التشريعية الخاصة بعلاقات العمل الفردية.

والملاحظ هنا هو استعمال المشرع للفظ "اصطحاب"، في حين كان الأجدر استعمال كلمة "الدفاع"، على اعتبار أن الهدف من حضور هذا الشخص، هو الدفاع عن العامل³.

ثالثاً- التبليغ الكتابي

بعد استفاد الإجراءين السابقين، يبلغ العامل بقرار التسريح كتابياً، إذ تظهر أهمية هذا الإجراء، عند الوقوف عند الآثار المترتبة عن قرار صاحب العمل في وضع حد لعلاقة العمل بإرادته المنفردة، المتمثل في تمكينه من اللجوء إلى القضاء للطعن في قرار التسريح، كما قيد المشرع الحق في التسريح التأديبي بضرورة تسبيب وتعليل القرار، بتبيان الخطأ المنسوب والعقوبة المقررة له ومدى ملائمتها للخطأ المرتكب من طرف العامل⁴.

1- Yakoub Zina, « 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, Mouloud Mammeri-Tizi-Ouzou, 2007, p100.

2- NASRI HANOUI, « l'assistance du travailleur objet d'une procédure de licenciement », revue El-Djeich, Mois D'avril 1998.

3- زوبة عز الدين، المرجع السابق، ص 83.

4- حسان نادية، «النظام الداخلي في قانون علاقة العمل»، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2008، ص 64-65.

أغفل المشرع في هذا الإجراء، بعض التفاصيل المتعلقة بطريقة تبليغ قرار التسريح وكذلك شكله على عكس المشرع الفرنسي الذي حددها بوضوح.

ولقد أقرت ذلك المحكمة العليا من خلال قرارها رقم 65581 الصادر بتاريخ 1991/02/13 الصادر إثر الطعن بالنقض في القرار الذي صادق على الحكم المستأنف برجوع العامل «حيث لم يأت في القرار ما ذكره الطاعن، من أن المجلس قد حدد طريقة التبليغ، بل نص على أن إثبات تبليغ قرار التسريح، تتحمله الطاعنة وأنها لم تقدم ما يفيد التبليغ»¹.

الفـرع الثـاني

عدم احترام الإجراءات الواردة في مصادر أخرى

يعتبر النظام الداخلي، والاتفاقية الجماعية، من المصادر الاتفاقية التفاوضية للإجراءات التأديبية، وفيما يلي توضيح لذلك.

أولاً- الإجراءات التأديبية الواردة في النظام الداخلي

أعطى المشرع للمستخدم من خلال المادتين 73 مكرر 2 و 77 من القانون 11/90 صلاحيات عديدة، بواسطة النظام الداخلي، فقد خول له حق تقرير ما يمكن اعتباره بمثابة أخطاء مهنية، والتي تختلف من مؤسسة إلى أخرى، حسب طبيعة نشاطها، دون مخالفة ما يتصل بالنظام العام والآداب العامة، كما سمح له بتنظيم إجراءات وقواعد توضح الجزاء التأديبي وتنظمه، إلا أن هذه الإجراءات جوازيه، الغرض منها تحقيق أكبر قدر من المصادقية للقرار التأديبي المصدر ضد العامل محل المتابعة التأديبية².

1- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 65581، الصادر بتاريخ 1991/02/13، غير منشور

2- بن صاري يسين، المرجع السابق، ص 90.

كما يجب تكريس الإجراءات القانونية الأساسية والجوهرية، ضمن النظام الداخلي بصفة محكمة ودقيقة، كما نصت عليها 73 مكرر 2 المتمثلة في سماع المستخدم، واختيار العامل التابع للهيئة المستخدمة لاصطحابه في القابلة، إضافة إلى التبليغ الكتابي لقرار التسريح، فهي إجراءات متعلقة بالنظام العام تلزم صاحب العمل بإدراجها ضمن نظامه الداخلي.

إضافة إلى إمكانية وضع إجراءات جوازيه أخرى بموجب هذا النظام الداخلي، كضرورة تشكيل لجنة التأديب المتساوية الأعضاء، لمثول العامل أمامها قبل اتخاذ قرار التسريح التأديبي في حقه، إلا أنه من رغم جوازيه هذه الإجراءات، إلا أنه في حال إدراجها ضمن النظام الداخلي فالمستخدم ملزم باحترامها، فتصبح إلزامية شأنها شأن الإجراءات المنصوص عليها في نص المادة 73 مكرر¹.

ثانيا- الإجراءات الواردة في الاتفاقية الجماعية

تنص المادة 120 من القانون 11/90 أن مضمون الاتفاقية الجماعية، هو مناقشة شروط التشغيل والعمل فيما يخص فئة أو عدة فئات مهنية، بين كل من الهيئة المستخدمة وممثلي العمال وذلك دون الإشارة بما يفيد بأن الاتفاقية الجماعية يمكن أن تعالج موضوع الإجراءات التأديبية.

وهنا تظهر عدة آراء، إذ يرى بعض الباحثين أنه لا يمكن للاتفاقية الجماعية أن تتناول المجال التأديبي من حيث الإجراءات، أو الشروط الموضوعية للتسريح ويستندون في ذلك إلى

- عبارة "على الخصوص" الواردة في نص المادة 120 من القانون 11/90 تدل أن مضمون الاتفاقية الجماعية محدد حصرا في القانون، ولا يمكن أن يتجاوز شروط التشغيل، أو العمل إلى المجال التأديبي.
- حسب نص المادة 77 من القانون 11/90 فإن مسالة تحديد طبيعة الأخطاء المهنية، العقوبات المقررة لها وكذلك إجراءات التنفيذ حق مخول للمستخدم عن طريق النظام الداخلي لا يمكن التنازل عنه لأي جهة أخرى².

1- عبد السلام ديب، «قانون العمل الجزائري والتحويلات الاقتصادية»، دار القصب لل نشر، الجزائر، 2003، ص 433.

2- بن صاري يسين، المرجع السابق، ص 92.

في حين رفض العديد من الباحثين الجزائريين الرأي الأول، واعتبروا إمكانية تناول الاتفاقية الجماعية للإجراءات التأديبية، واستندوا في ذلك إلى نص المادة 73 مكرر 4 الفقرة الأولى من القانون 11/90 «.. التسريح الذي يتم مخالفة للإجراءات القانونية والاتفاقية الملزمة...»، إضافة إلى المادة 21 من القانون رقم 04/90¹ المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، التي تتطرق بدورها إلى إلغاء العقوبات التأديبية، المتحدة من طرف المستخدم ضد العامل، دون تطبيق الإجراءات التأديبية و/أو الاتفاقيات الإجبارية.

كما أكدت المحكمة العليا ضمن قرارها الصادر بتاريخ 2004/12/15 على أن عبارة «على الخصوص» تفيد المثال لا الحصر، ومن ثم فإن مضمون الاتفاقيات الجماعية التي نصت عليها المادة 120، جاء هو الآخر على سبيل المثال لا الحصر، وعليه يمكن لهذه الأخيرة تناول مجالات أخرى أهمها المجال التأديبي².

1- القانون رقم 04/90، المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج ر 1990، عدد 06، الصادر بتاريخ 1990/02/07.

2- سليمان أحمية، المرجع السابق، ص 360.



الفصل الثاني

آثار

التسريح

التعسفي

الفصل الثاني أثار التسريح التعسفي

بالرغم من أن المشرع اعترف لصاحب العمل بالسلطة التأديبية في تسريح العامل في حالة ارتكابه الأخطاء الجسيمة التي يترتب عليها التسريح، غير أن هذه السلطة تبقى مقيدة بعدم تجاوزها، مراعيًا في ذلك الإجراءات المتبعة أثناء التأديب حماية للعامل من تعسف رب العمل .

ففي حال تعسف المستخدم في استعمال حقه في التسريح، حقّ للعامل المتضرر رفع دعوى قضائية لإلغاء الجزاء الصادر، والتعويض عن أي ضرر يكون قد نتج جراء ذلك.

لذا سندرس من خلال هذا الفصل، الآثار الناتجة عن التسريح المشوب بعيب التعسف، من خلال تبيان التعويض العيني له في المبحث الأول، والمالي في المبحث الثاني.

المبحث الأول التعويض العيني

من بين النصوص التي أخذت بمبدأ التعويض العيني، أي تنفيذ الالتزام عينا، المادة 164 من القانون المدني، التي نصت على أنه «يجبر المدين بعد إذاره، طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً»، ولم يشر إلى هذا المبدأ القانون 11/90 إلا بعد تعديله بالقانون 29/91 الذي نص في فقرات المادة 73 منه، على أنه في حالة التسريح التعسفي، يمكن للعامل أن يقدم طلب إلغاء قرار التسريح، أو أن يطلب تعويضاً عن الضرر الذي لحقه إما بإعادة إدراجه في منصب عمله، أو أن يختار التعويض النقدي¹.

سنتطرق خلال هذا المبحث بالتفصيل للحق في إعادة الإدراج كأثر من آثار التسريح التعسفي، في المطلب الأول، وإلى كيفية تكريس هذا الحق في المطلب الثاني.

المطلب الأول

إعادة إدراج العامل المسرح تعسفاً

يتمحور هذا المطلب حول عنصرين أساسيين، مقتضيات إدراج العامل المسرح واقترانها بالامتيازات المكتسبة المتعلقة به، والتي سوف نشمّلها بالدراسة عبر فرعين كما سيتم توضيحه.

1- راشد راشد، المرجع السابق، ص 241.

الفـرع الأول

مقتضيات إعادة الإدراج في منصب العمل

بالرجوع إلى القانون 11/90 نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف إعادة الإدراج واكتفى بالنص عليه كنتيجة للتسريح التعسفي من خلال نص المادة 73 مكرر 4 فقرة 2¹ المعدلة بالمادة 9 من القانون رقم 21/96 واعتبره نتيجة بطلان التسريح وهو ما يعرف بالتنفيذ العيني أو المباشر.

وحتى تقبل دعوى العامل الذي تعرض إلى التسريح التعسفي أمام الجهات القضائية المختصة، فإنه يجب أن يكون قد استنفذ جميع مراحل التسوية الودية للنزاع القائم، بينه وبين رب العمل، ومن بين هذه المراحل هناك مرحلة جوهرية أمام مكتب المصالحة، فبعد عرض النزاع على هذا المكتب، عن طريق مفتش العمل وتولي هذا الأخير استدعاء طرفي النزاع وهما العامل والمستخدم، ومحاولة إيجاد حل وسطي يرضي جميع الأطراف، فإذا قبل كل طرف بالحل الودي حرر محضر المصالحة، وفي حالة استمرار الخلاف فيحرر عندئذ محضر عدم مصالحة طبقا للمواد 19، 36، 37 من قانون 04/90² المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ويمنح للعامل الذي يريد اللجوء إلى القضاء، وذلك عن طريق رفع دعوى أمام المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية، ملتصقا منها جملة من المطالب والتي لم تتم بشأنها المصالحة، وهي تتمثل أساسا في إلغاء قرار التسريح، إعادة إدماج العامل في منصب عمله، والتعويض³.

ويتضح من خلال المادة 73 مكرر 4 فقرة 2 أن المشرع تبنى اجتهاد المحكمة العليا، حول حتمية إرجاع العامل إلى منصب عمله، عند إلغاء قرار التسريح، غير أنه وفي حالة رفض أحد الطرفين يمنح العامل تعويضا ماليا، ولكن التساؤل الذي نثيره في هذا الصدد هو:

1- المادة 73 مكرر 4 فقرة 2 قانون 11/90 «إذا حدث تسريح العامل خرقا لأحكام المادة 73 أعلاه يعتبر تعسفيا، تفصل المحكمة ابتدائيا ونهائيا إما بإعادة الإدماج في المؤسسة مع الاحتفاظ بالامتيازات المكتسبة، أو في حالة رفض أحد الطرفين يمنح العامل تعويضا ماليا لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه العامل عن مدة ستة أشهر...»

2- القانون 04/90 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، المؤرخ في 06/02/1990، ج ر 1990، عدد 06.

3- بن عيش نجود، المرجع السابق، ص 37.

هل يمكن للعامل المسرح تسريحا تعسفيا اللجوء إلى القسم الاستعجالي بالمحكمة الاجتماعية، من أجل توقيع الغرامة التهديدية، على صاحب العمل في حالة رفض هذا الأخير تنفيذ الحكم القضائي القاضي بإعادة إدراجه إلى منصب عمله؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نشير إلى أن المبدأ العام الوارد في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، طبقا للمادة 625 منه، أن كل الأحكام والقرارات القضائية، الممهورة بالصيغة التنفيذية، تخول لصاحبها الحق في اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة، للمطالبة بتوقيع الغرامة التهديدية¹.

غير أنه في حالة رفض أحد الطرفين، إعادة الإدماج يمنح العامل تعويضا ماليا، وبالتالي هنا الخاص يقيد العام إذ لا يمكن للعامل الذي بيده حكم ابتدائي ونهائي أن يطالب بتوقيع الغرامة التهديدية، ضد صاحب العمل الذي رفض الامتثال إلى الحكم القاضي بإعادة إدراج العامل إلى منصب عمله.

ولكن الملاحظ أن حق رفض إعادة الإدراج هذا الذي منحه المشرع لأحد الطرفين، جاء يخدم مصلحة المستخدم أكثر مما يخدم مصلحة العامل.

الفـرع الثاني

اقتران إعادة الإدراج بالامتيازات المكتسبة

لم تكن المادة 73 مكرر 4 من القانون 29/91 قبل التعديل تنص على الامتيازات المكتسبة، بل كانت تكتفي بإرجاع العامل مع منحه تعويضات عن الفترة التي لم يعمل فيها².

1- المادة 625 ق.إ.م.إ، «دون الإخلال بأحكام التنفيذ الجبري، إذا رفض المنفذ عليه تنفيذ الالتزام بعمل، أو خالف التزاما بالامتناع عن عمل، يحرر المحضر القضائي محضر الامتناع عن التنفيذ، ويحيل صاحب المصلحة الى المحكمة للمطالبة بالتعويضات، أو المطالبة بالغرامة التهديدية مالم يكن قد قضى بها من قبل».

2- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 177700، الصادر بتاريخ 09/03/1999، مجلة المحكمة العليا، سنة 1999، العدد الأول، ص 132.

ولكن بعد التعديل، بموجب الأمر 21/96 أصبح الحكم الذي يتضمن إرجاع العامل إلى منصب عمله مقترنا باحتفاظه بالامتيازات المكتسبة، التي تحصل عليها أثناء عمله، خلال فترة الخدمة.

إذا رجعنا إلى مفهوم الامتيازات المكتسبة، نجد أن المحكمة العليا عرفت أنه «مجموعة من الحقوق القائمة، وغير الاحتمالية يستمدها العامل غما من القانون، من النظام الداخلي، وإما منعقد العمل، وإما من الاتفاقية الجماعية، أو كان يستفيد منها طيلة سريان علاقة العمل، وأنه على هذا الأساس تعتبر الامتيازات المكتسبة بمثابة حقوق مكتسبة»¹.

وعن مكونات هذه الحقوق الواردة على سبيل المثال والمتمثلة في الأجر، منحة العطلة، العلاوات، منحة السيارة، منحة الهاتف، منحة السكن الوظيفي.... الخ، أي كل حق كان يتمتع به العامل أثناء فترة الخدمة².

تطرح في الأوساط القضائية، مسألة اعتبار الأجر كامتياز مكتسب يتناقض مع نص المادتين 53، و80 قانون 11/90، فمنهم من يعتبر أن العامل لا يستحق أجرا عن الفترة بين إنهاء علاقة العمل والعودة إلى الخدمة، بل يمكنه المطالبة بالتعويض عن الضرر، حسب القواعد العامة في المسؤولية المدنية، والقاضي يتقيد في تحديده لهذه القيمة انطلاقا من عنصر الأجر الذي كان يتقاضاه أثناء فترة الخدمة. في حين يرى البعض أن إعادة الإدماج الفعلي للعامل، تمنحه الحق في المرتبات المطابقة للفترة التي لم يعمل فيها بسبب المستخدم و كذا في ملحقاتها، كالامتيازات العينية التي سبق له الاستفاد منها³.

إن القاضي الاجتماعي لا يمكنه الحكم بهذه الامتيازات من تلقاء نفسه، بقل يجب ان يطلبها الأطراف ويحددها في طلباتهم، فإذا تضمن منطوق الحكم عبارة " الامتيازات المكتسبة"

1- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 182539، الصادر بتاريخ 18/01/2000، مجلة المحكمة العليا، سنة 2001، العدد الثاني، ص 41.

2- عبد السلام ذيب، «الحلول القضائية للمشاكل المترتبة عن تطبيق نص المادة 4/73 قانون 11/90»، المجلة القضائية، عدد 02، دار القصبية، الجزائر، سنة 2001، ص 26.

3- عصمت الهواري، «فضاء النقد في منازعات العمل والتأمينات الاجتماعية»، الجزء 7، دار الكتاب الحديث، طبعة 1987، ص 38.

دون ذكرها بالتفصيل، جاز للمتقاضي أن يرجع على القضاء ويرفع دعوى تفسيرية حتى يتمكن من تنفيذ الحكم فيما بعد¹

المطلب الثاني تكريس الحق في عدم الرجوع

بعد أن أكد المشرع على الطابع الجوازي لإعادة الإدراج، أصبح بإمكان أحد الأطراف رفض الإعادة والتعبير عن هذه الإرادة في الوقت المحدد لذلك مع احترام كفايات التعبير عن هذا الرفض، وفي حالة رفض أحدهما ذلك يحكم للعامل بالتعويض المقرر قانوناً.

الفـرـع الأول مقتضيات رفض إعادة الإدراج

يجب أن يكون رفض الإدراج صراحة من طرفي علاقة العمل أثناء سير الدعوى، أو بالتدقيق، أثناء المناقشة وقبل قفل باب المرافعة بالتعبير عن ذلك في المقالات الجوابية للأطراف، ولا يجب إثارتها أثناء تنفيذ الحكم القضائي بإعادة الإدراج العامل، حينئذ يتعرض صاحب العمل للغرامة التهديدية، وهذا ما كان عليه الواقع مباشرة بعد صدور النص بموجب الأمر 21/96 لأن أصحاب العمل فهموا أن لهم إمكانية رفض الإعادة أثناء تنفيذ الحكم².

وعلى العموم يجب أن يفصح عن رفض إعادة الإدماج أثناء سريان الدعوى بكيفية لا لبس فيها، وليس من الضروري أن يصرح عن الرفض بموجب دعوى مقابلة بل يكفي أن يعلن عنه في مذكرة الرد، ولكن لا يقبل في أي حال من الأحوال أن يعلن عن الرفض عند تنفيذ الحكم

1- مصطفى قويدري، العزل أو الفصل التأديبي في ضوء الفقه والقضاء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، الجزائر 2004، ص 55.

2- بلميهوب عبد الناصر، «عقد العمل المحدد المدة في ظل الإصلاحات الاقتصادية»، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003-2004، ص 155.

بالرجوع أي بإعادة الإدماج، وإلا تعرض صاحبه (أي صاحب العمل) إلى الغرامة التهديدية المنصوص عليها بموجب المادة 39 من قانون 104/90¹.

لكن اللجوء إلى هذه الوسيلة تحكمه مجموعة من الضوابط ، و هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه « من المقرر قانونا أنه يحدد القاضي الغرامة التهديدية اليومية في حالة اكتساب الحكم الصيغة التنفيذية ، و إن الحكم المطعون فيه لما قضي بإلزام الطاعنة بالغرامة التهديدية ، فإنه قد خرق أحكام المادة 39 قانون 90/04 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل المعدل و المتمم التي تجيز للقاضي أن يحدد الغرامة التهديدية اليومية في حالة اكتساب الحكم الصيغة التنفيذية، وبما أن الحكم المطعون فيه لم يكتسب بعد هذه الصيغة خلال نطقه بالغرامة التهديدية، فإنه خالف القانون مما يتعين نقضه»².

الفرع الثاني

آثار رفض إعادة الإدماج

إن الأثر المترتب عن ممارسة هذا الحق هو ذلك الذي ذكرته المادة 73-4/2³ نفسها، وهو منح العامل تعويضا ماليا لا يقل عن مدة 6 أشهر من العمل، ودون الإخلال بالتعويضات المحتملة، وأمام هذا التعويض يجد القاضي نفسه في صعوبة لتحديد مقداره، فما دام أنه جاء في النص أنه لا يمكن أن يقل عن ستة أشهر من العمل، فهو مجبر على الحكم به حتى ولو طلب

1- المادة 34 من قانون 04/90 المؤرخ في 06/02/1990 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل «في حالة عدم تنفيذ اتفاق المصالحة من قبل أحد الأطراف وفقا للشروط والآجال المحددة في المادة 33 من هذا القانون، يأمر رئيس المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية والملمس بعريضة من أجل التنفيذ في أول جلسة مع استدعاء المدعى عليه نظاميا بالتنفيذ المعجل لمحضر المصالحة، مع تحديد غرامة تهديدية يومية لا تقل عن 25% من الرتب الشهري الأدنى المضمون»

2- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 284181، الصادر بتاريخ 07/12/1999، (قضية ش. ذات أسهم ج أ ضد ع.ق) مجلة المحكمة العليا، سنة 2001، العدد الثاني، ص 10.

3- المادة 73 مكرر 2/4 من القانون 11/90 السلف الذكر، « تفصل المحكمة المختصة ابتدائيا ونهائيا إما بإعادة العامل في المؤسسة مع الاحتفاظ بامتيازاته المكتسبة، او في حالة رفض أحد الطرفين يمنح العامل تعويضا ماليا لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه العامل عن مدة ستة(6) أشهر من العمل دون الإخلال بالتعويضات المحتملة.....».

منه أقل من ذلك، وإذا حدث وأن حكم بأقل من ذلك، فهنا يكون قد وقع في خطأ في تطبيق القانون¹.

غير أنه هناك صعوبة أخرى تعترض القاضي في تحديد مقدار هذا التعويض، وذلك بسبب أن المشرع لم يحدد حداً أقصى له، وطالما أن المحكمة العليا لا تبسط رقابتها عليه لأن الأمر يتعلق بواقعة مادية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وبالرجوع إلى قواعد القانون المدني إعمالاً لقاعدة تناسب الضرر والتعويض المحكوم به، وترى المحكمة العليا أنه على القاضي عند تحديد التعويض، الأخذ بعين الاعتبار أقدمية العامل، سنه، الصعوبات التي تعترضه في إيجاد عمل، التنقل من أجل البحث عن عمل، وامتيازات المسار المهني².

إن منح هذا التعويض، ينبغي أن لا يمس بحق العامل في التعويضات الناتجة عن الضرر اللاحق به نتيجة تعرضه للتسريح التعسفي، والذي يحدد على أساس إساءة استعمال الحق في التسريح، وهذا خلافاً لما أقره المشرع الفرنسي، في أن هذا التعويض ذو طبيعتين فهو بمثابة غرامة تفرض على صاحب العمل، بمجرد تصريحه برفض إعادة إدراج العامل، الذي بدوره قد لا يكون قد تضرر من قرار التسريح، لأنه وجد عملاً مماثلاً وفي أقصر الظروف، ومن جهة ثانية له طابع تعويض تدخل في تقديره عدة عوامل منها (ظروف العامل، مساره المهني، مدة البطالة، التنقل من أجل البحث عن عمل، العامل النفسي والفيزيولوجي)، على أن هذه التعويضات تمنح دفعة واحدة، ويكفي أن تمنح المحكمة تعويضاً مالياً يفوق الحد الأدنى المقرر قانوناً، لنستشف في منطوقها أنها دمجت التعويضين معاً³.

كما يحق للعامل طلب التعويض عن مهلة العطلة وهو ما نصت عليه المادة 73-5 من قانون 11/90 المعدل⁴، التي تخول للعامل الذي لم يرتكب خطأ جسيماً الحق في مهلة العطلة والتي تحدد مدتها في الاتفاقيات الجماعية، وكذلك تنص المادة 73-6 من نفس القانون السالف الذكر أن للعامل المسرح الحق طوال مدة مهلة العطلة في ساعتين لكل يوم قابلتين للجمع ومأجورتين حتى يتمكن العامل من البحث عن منصب عمل آخر.

1- بن عيش نجود، المرجع السابق، ص 41.

2- بن صاري يسين، المرجع السابق، ص 72.

3- بن عيش نجود، المرجع السابق، ص 41.

4- المادة 73 مكرر 5 من القانون 11/90 السالف الذكر «يخول التسريح للعامل الذي لم يرتكب خطأ جسيماً الحق في مهلة العطلة التي تحدد مدتها الدنيا في الاتفاقيات أو الاتفاقيات الجماعية».

المبحث الثاني التعويض المالي

من المقرر قانوناً، أنه إذا ما ثبتت مسؤولية المدعي عليه لما لحق المدعي من ضرر، يستوجب على القاضي إلزام المتسبب بالضرر، بتعويض المضرور وجبر الضرر الذي لحق به، وفق النص المادة 124 من القانون المدني التي مضمونها « كل من تسبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض»¹ و قياساً عنها بنص المادة 73 مكرر 4 من القانون 11/90، نستنتج حق العامل في تعويض نقدي في حالة الإنهاء التعسفي لعلاقة العمل إذا ما رفض أحد الأطراف إعادة الإدراج أو في حالة ما إذا اختار العامل طلب التعويض النقدي من البداية، دون طلب التعويض العيني².

المطلب الأول تكريس التعويض النقدي

التعويض النقدي، هو ذلك المبلغ من النقود الذي يلتزم صاحب العمل بدفعه، لجبر الضرر الذي لحق العامل المسرح جراء الإنهاء غير المشروع لعقد عمله، سواء نتيجة مخالفة المستخدم للإجراءات القانونية أو القواعد الموضوعية للتسريح³، ويعتبر التعويض من الضمانات

1- العربي بلحاج، «النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري»، الجزء 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن، ص263

2- هدى لطيف العقيدي، «التعويض عن الفصل التعسفي في قانون العمل»، الجزء الثاني، الطبعة الاولى، منشورات كليك، ص141.

3- عبد الحفيظ بلخيزر، «الإنهاء التعسفي لعقد العمل»، دراسة مقارنة رسالة لنيل شهادة ماجستير في العقود، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 1989، ص166.

الممنوحة التي أقرها المشرع عن عدم إدراج العامل رضوخا لرغبة الطرفين في ذلك، فقد وضع هذا التعويض جراء التسريح التأديبي التعسفي أو قد تكون تعويضات مستحقة مقابل تضييع العامل لمنصب عمله لسبب لا إرادي.

الفرع الأول

التعويض عن التسريح التعسفي

يختلف التعويض النقدي في التسريح التعسفي أو غير المشروع عن التعويضات الأخرى، فهو الجزء الذي يدفعه المستخدم للعامل في حالة الإنهاء التعسفي المخالف للقواعد الموضوعية والإجراءات الشكلية، ويعد أساس التعويض عن الإنهاء التعسفي في عدم احترام نص المادتين 73 و73 مكرر 1 ومكرر 2 من القانون 11/90 المعدل و المتمم.

والملاحظ أن المشرع أورد مصطلح التعويض المالي تقاديا للوقوع في تناقض مع أحكام المادتين 80 و53 من القانون 11/90، الذي ينبغي أن يكون مطابقا لمقتضيات المادة 81 التي تعرف الأجر على النحو التالي: «يفهم من عبارة مرتب حسب هذا القانون ما يلي:

- الأجر الأساسي الناجم عن التصنيف المهني في الهيئة المستخدمة.
- التعويضات المدفوعة بحكم أقديمة العامل أو مقابل الساعات الإضافية بحكم ظروف العمل الخاصة، لاسيما العمل الليلي، وعلاوة المنطقة.
- العلاوات المرتبطة بإنتاجية العمل ونتائجه».

وباستقراء المادة 73 المعدلة بموجب الأمر 21/96، نستنتج أن المشرع قد قرر جزاءان ماديان، الأول يخص مخالفة إجراءات الإنهاء، أما الثاني يخص إنهاء علاقة العمل خرقا لأحكام المادة 73 المعدلة بالقانون 129/91.

فقد نصت المادة 73 مكرر 4 على أنه «إذا وقع تسريح العامل مخالفة للإجراءات القانونية أو الاتفاقية الملزمة، تلغي المحكمة المختصة ابتدائيا ونهائيا قرار التسريح بسبب عدم احترام الإجراءات، وتلتزم المستخدم بالقيام بالإجراء المعمول به، وتمنح العامل تعويضا ماليا على نفقة المستخدم، لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه كما لو استمر في عمله»،

1- أحمية سليمان، المرجع السابق، ص 47.

والسؤال المطروح هو، هل يقتصر هذا التعويض كذلك على فترة ما بعد الحكم إلى غاية التنفيذ؟

وفي هذا الشأن ذهبت المحكمة العليا في قرار لها، إلى أن التعويض يقتصر على مرحلة ما قبل الحكم، لأنه يهدف إلى تعويض ضرر واقع وحال¹.

أما الجزء الثاني فهو مقرون بمخالفة أحكام المادة، 73 والحالات المنصوص عليها ضمنها، فيكون بتعويض لا يقل في مجمله عن أجر ستة أشهر كما سبق وأن وضعنا ذلك.

الفـرـع الثـانـي التعويض عن عدم الإخطار المسبق

مهلة الإخطار أو العطلة، هي قيد شكلي وضعه المشرع، على الطرف المهني المنهي لعلاقة العمل غير المحددة المدة، بالإرادة المنفردة، حماية للمتعاقد الآخر من المفاجأة، وتمكيننا له من البحث عن عمل جديد أو عامل آخر²، ومن خرقها يسلط عليه تعويض يقدر بمقدار المهلة أو ما تبقى منها.

بالرجوع إلى نص المادة 73 مكرر 5 من القانون 29/91 المعدل لقانون علاقات العمل التي تخول للعامل الذي يرتكب خطأ جسيماً الحق في مهلة العطلة، و التي تتحدد مدتها في الاتفاقيات الجماعية ، و كذلك ما نصت عليه المادة 73 مكرر 6 من نفس القانون السالف الذكر، فإن للعامل المسرح طوال مدة مهلة العطلة الحق في ساعتين لكل يوم قابلتين للجمع ، و مأجورتين حتى يتمكن من البحث عن منصب عمل آخر، فالقانون في هذه الحالة منح للعامل امتياز بتمكينه من مهلة إخطار تحدد مهلتها الدنيا في الفترة التجريبية له على أن يمنح ساعتين في كل يوم مدفوعتي الأجر عن عمل بديل ، ويجب هنا في هذه الحالة على القاضي ألا يحكم للعامل المسرح بالتعويض عن مهلة الإخطار المحددة بالقانون إلا إذا توفر شرطان هما :

1- الغريبي عبد الرحيم، أسباب انقضاء علاقات العمل في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص70-71.

2- راشد راشد، المرجع السابق، ص 255.

- عدم ارتكاب العامل لإحدى الأخطاء الجسيمة، التي يترتب عنها الفصل في العمل بدون مهلة وبدون تعويض، المشار لها سابقا.
- عدم حكم القاضي بإعادة إدماج العامل في منصبه، وإلا انتفى الغرض من المهلة الإخطار، لأن الأساس في التعويض عن العطلة، في حالة التسريح التعسفي هو حق للعامل يلجا إليه القاضي عند عدم إصداره لحكم بإعادة إدراج العامل¹.

المطلب الثاني

تقدير التعويض النقدي

إن في حالة عدم اقتراح إعادة إدراج العامل إلى منصب عمله، أو رفض طرفي علاقة العمل إعادة الإدراج، ينشا حق العامل في المطالبة بتعويض نقدي لا يقل عن أجر يتقاضاه العامل عن ستة أشهر، إضافة إلى ذلك تعويض عن الأضرار المحتملة، وعن مهلة الإخطار. وفي ذلك نجد إنه بالرجوع إلى القواعد الخاصة بتقدير التعويض، فإن المشرع يشترط أن يكون الضرر المعوض عليه محققا وحالا وليس محتملا.

الفـرـع الأول

تعويض التسريح التعسفي

في حالة رفض إعادة الإدراج من أحد الطرفين، تلتزم المحكمة بحكم ابتدائي نهائي المستخدم بدفع تعويض مالي لا يقل مبلغه عن الأجر الذي يتقاضاه العامل لمدة ستة أشهر من العمل حسب القانون 11/90 المعدل والمتمم المادة 73 مكرر 4، وهو ما نص عليه التشريع العام بالرجوع إلى نص المادة 176 من القانون المدني الجزائري².

1- أمال بن رحال، المرجع السابق، ص 164.

2- المادة 176 من القانون المدني الجزائري، «إذا استحال على المدين تنفيذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت إن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه».

وهذا ما أكدته المحكمة العليا، في قرارها الصادر في 1990/05/28، في حالة استحالة التنفيذ العيني يمكن التنفيذ بمقابل، أي التعويض حسب الضرر، كما يمكن أن يكون معنوياً لأن القانون 11/90 لم ينص صراحة على التعويض المعنوي، بل جاء التعويض بصورة عامة¹. في حين أن القانون المدني أدرجه من خلال المادة 182 مكرر منه، والتي تنص «يشمل التعويض عن الضرر المعنوي، كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة».

كما يعتبر التعويض الوارد في نص المادة 73 مكرر 4، والمقدر بستة (6) أشهر، هو عبارة عن حد أدنى وضعه المشرع، أي يستفيد العامل في حالة التسريح التعسفي عما لا يقل عن قيمة أجر ستة أشهر، مع ترك التقدير للقاضي في تحديده، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 214574 الصادر بتاريخ 2001/02/14 الذي مفاده «من المستقر عليه قضاءً أن تقدير التعويض عن التسريح التعسفي، يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا ويقدر التعويض حسب الضرر الذي لحق بالعامل»².

لكن الإشكال القائم هو في تحديد الحد الأقصى للتعويض، مع إلزامية عدم النزول عن الحد الأدنى المقرر قانوناً، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2004/01/13 تحت رقم 266986، لذلك يجوز للقاضي التعويض وفقاً للقواعد العامة، (المادة 131، 182، 182 مكرر من القانون المدني الجزائري)، مع الأخذ بعين الاعتبار بعض المعايير في تقدير التعويض كأقدمية العامل، سنه، صعوبة إيجاد عمل³.

1- عبد الحفيظ بلخيزر، «الإنهاء التعسفي لعقد العمل»، المرجع السابق، ص 292.

2- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 214574، الصادر بتاريخ 2001/02/14، مجلة المحكمة العليا، سنة 2002، العدد الأول، ص 195.

3- حمودي عبد الرزاق، «دليل الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية»، دار الخطاب، الجزء الأول، الجزائر 2010،

الفرع الثاني التعويضات الأخرى

إضافة إلى تقدير التعويض عن التسريح التعسفي المتمثل حده الأدنى بأجرة ستة أشهر، هنا تعويضات أخرى يتم تقديرها من طرف القاضي الاجتماعي، على غرار التعويض عن الأضرار المحتملة ومهلة الإخطار كما سيأتي بيانه.

أولاً-التعويض عن الأضرار المحتملة

استعمل المشرع الجزائري عبارة الأضرار المحتملة دون إعطاء تعريف لها، واكتفى بإدراجها في نص المادة 73 مكرر 4، على أن العامل يعرض على أساس الأضرار المحتملة، بالإضافة إلى التعويض السابق، وبهذا فقد خرج المشرع الجزائري عن المبادئ العامة في التقاضي، خاصة في مجال تعويض المقدم وفقاً عن الضرر الفعلي، كما أنه بالرجوع إلى القواعد العامة في المسؤولية، نجد أن الحد في التعويض لا يقوم إلا بقيام عناصرها و هي الخطأ، علاقة السببية، الضرر، فالتعويض المدني ينص فقط على الضرر الحال، أما المحتمل، يقصد به المشرع الجزائري تفويت فرصة ، فهذه الأخيرة و إن كانت أمراً محتملاً فإن تفويتها يعتبر أمراً محققاً، و من ثم يتعين جبر الضرر سواء كان مادياً أو معنوياً كالصعوبات التي تعترضه لإيجاد عمل.

ويجب على العامل إثبات الضرر بجميع وسائل الإثبات، وللقاضي السلطة التقديرية المطلقة في تحديد مقدار هذا التعويض، والذي يدمج عادة مع التعويض المقرر قانوناً عن التسريح التعسفي¹.

ثانياً-التعويض عن مهلة الإخطار

مهلة الإخطار كما تطرقنا لها سابقاً، قيد شكلي وضعه المشرع على الطرف المهني لعلاقة العمل غير المحددة المدة بالإرادة المنفردة، حماية للطرف الآخر من المفاجأة، وتمكيناً له

1- بن صاري ياسين، المرجع السابق، ص83

من البحث عن عمل جديد أو عامل آخر، ومن خرقها يسقط عليه الجزاء وهو عبارة عن تعويض يقدر بمقدار المهلة أو الباقي منها¹.

لدى فإن للعامل أو المستخدم حق المطالبة بكامل التعويض عن كامل مهلة الإخطار، وفقا لما ينص عليه القانون، الاتفاقيات الجماعية الملزمة أو العقد الفردي المبرم بين الطرفين.

ووفقا لنص المادة 6/73 من القانون 11/90، يمكن القول بأن مقدار التعويض هنا يتم تقديره من خلال معيارين هما:

1- مهلة المدة المتفق عليها ضمن عقد العمل أو في اتفاقات لاحقة أو المنصوص عليها قانونا.

2- من خلال الأجر الذي كان يتقاضاه العامل خلال هذه الفترة، فيما لو استمر يؤدي عمله بانتظام، بما فيه من ساعات إضافية، ومبلغ الزيادة إذا كان هناك زيادة في الأجر.

ويعتبر التعويض عن مهلة الإخطار عن أنها عبارة عن أجر ومن ثمة فهي تخضع للقواعد العامة التي يخضع لها الأجر فيما يخص الاقتطاعات من تأمينات اجتماعية وضريبة على عكس مبلغ التعويض عن الطرد التعسفي الذي لا يعتبر في أي حال من الأحوال أجرا، وهو ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها بسبب الخطأ في الطبيعة القانونية للتعويض عن التسريح التعسفي وعدم اعتباره أجرا للعامل، كالقرار الصادر بتاريخ 10/2/1998 في ملف رقم 155985 أكدت المحكمة العليا أن المبلغ الممنوح للعامل في حالة الطرد التعسفي هو تعويض وليس أجرا، وقد جاء في حيثيات قرارها «إن المحكمة العليا ترى أنه لا بد من تذكير قضاة الموضوع بأن النص الواجب التطبيق في هذه الحالة هو المادة 73-4 من القانون رقم 11/90 المعدل والمتمم بالقانون رقم 29/91 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991 التي تمنح العامل المطرود تعسفا الحق في المطالبة بالتعويض دون الأجر»²، من أحدث القرارات في نفس الموضوع، القرار رقم 1139585 بتاريخ 10/05/2018، بين شركة بروديفال، (شركة ذ م م) و الطاعن (ز.ن)³.

1- راشد راشد، المرجع السابق، ص 255.

2- بن عيش نجود، المرجع السابق، ص 43.

3- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 1139585، الصادر بتاريخ 10/05/2018، موقع المحكمة العليا. coursupreme.dz.



الخاتمة

الختامة

من خلال هذه الدراسة المتواضعة للتسريح التعسفي في القانون الجزائري، وإن كان المشرع قد نص في المادة 73 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم قد تطرق له بشيء من التفصيل، في التعديلات التي طالته من خلال تحديد الحالات التي يجب على رب العمل أن يؤسس عليها قرار التسريح وربط ذلك بمجموعة من الأخطاء الجسيمة التي تعد سببا جديا لإنهاء علاقة العمل.

كما تعتبر الأخطاء الجسيمة المذكورة في المادة أعلاه حالات على سبيل الحصر لا المثال، ضمانا لحق العامل وذلك رغم اختلاف طبيعة النشاط من مؤسسة إلى أخرى، ليتجلى ذلك في تراجع القضاء عن موقفه في عدم تحديد هاته الحالات قبل تعديل المادة 73، أين كان آخرها الأخذ بحصرية الأخطاء الجسيمة مع إمكانية إضافة أخطاء جسيمة أخرى بنص له نفس القوة القانونية للنص الأول.

ولقد خلصنا إلى بعض النتائج من خلال هذا البحث على حسب تقديرنا وهي:

- 1- المشرع لم يشر صراحة على أن قرار التسريح التعسفي المخالف للإجراءات، إعادة إدماج العامل في منصب عمله، بل ينجر عنه تصحيح للإجراءات من خلال المادة 73 مكرر 4 من القانون 90/11 المعدل والمتمم.
- 2- وجوب وضع تعريف واضح للامتيازات المكتسبة حتى نتقادي التأويل وضمنا للحقوق.
- 3- تحديد مفهوم الأضرار المحتملة.

4- بالنسبة لإجراء الاستعانة بزميل تابع للمستخدم نفسها، فيه بعض الانتقاص والهضم لحقوق العامل المسرح، فقد يكون الطرف المستعان به تحت ضغط المستخدم، لذلك من الأفضل لو كان الشخص المستعان به شخص مؤهل قانونا أو ممثل عن نقابة العمال.

5- بالنسبة للتعويض عن التسريح التعسفي، يجب تدخل المشرع لوضع طريقة تثمن أقدمية العامل وسنه، حتى لا يكون هناك إجحاف في حقوق العمال.

في ختام بحثنا هذا نخلص إلى القول أن المشرع الجزائري، و من خلال نفس المادة قد خلق تناقضا كبيرا في تطبيقها ميدانيا، و يظهر هذا التناقض جليا من خلال اختلاف أحكام و قرارات المحاكم و المجالس القضائية، و يرجع هذا أساسا إلى الغموض الذي اكتنف هذه الاخيرة و عدم صراحة النص في دلالاته و مضمونه، مما فتح المجال للتفسير و التأويل و قد لعبت المحكمة العليا في هذا الإطار دورا هاما في توضيح و تفسير هذه المادة بغية توحيد كيفية تطبيقها، غير أن الأمر لا يزال يطرح مشكلا و جدلا فقهييا و قانونيا بين فقهاء و أساتذة قانون العمل و كذا بين قضاة الأقسام و الغرف الاجتماعية، هذا و في انتظار تدخل المشرع من جديد ليحسم الأمر بتعديل دقيق لا لبس فيه للمادة 73، وفي انتظار ذلك تبقى اجتهادات وقرارات المحكمة العليا هي المرجع الأول للتطبيق الصحيح لهذه المادة.



قائمة المصادر

والمراجع

• القوانين

1. الأمر 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
2. القانون رقم 03/90، الصادر بتاريخ 6 فبراير 1990، المتعلق بمفتشية العمل، ج ر 1990، عدد 06.
3. القانون رقم 04/90، الصادر بتاريخ 07 فبراير 1990، المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج ر 1990، عدد 06.
4. القانون رقم 11/90، الصادر بتاريخ 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقة العمل المعدل والمتمم، ج ر 1990، عدد 17.
5. القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 2008، عدد 21.

• الكتب

1. أحمية سليمان، «التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري»، (علاقة العمل الفردية)، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
2. أشرف أحمد عبد الوهاب، إبراهيم السيد أحمد، «عقد العمل في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء»، دار العدالة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2018، ص 153.
3. العربي بلحاج، «النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري»، الجزء 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن.
4. أمال بن رجال، «حماية العامل عند انتهاء علاقة العمل في القانون الجزائري»، بيرتي للنشر، الجزائر 2010.
5. بن صاري ياسين، «التسريح التأديبي في تشريع العمل الجزائري»، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2006.
6. حمودي عبد الرزاق، «دليل الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية»، دار الخطاب، الجزء الأول، الجزائر 2010.

7. راشد راشد، «شرح علاقة العمل الفردية والجماعية في ضوء التشريع الجزائري»، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1991.
8. عبد السلام ديب، «قانون العمل الجزائري والتحويلات الاقتصادية»، دار القصة للنشر، الجزائر، 2003.
9. عبد السلام زيب، «الحلول القضائية للمشاكل المترتبة عن تطبيق نص المادة 4/73 قانون 11/90»، المجلة القضائية، عدد 02، دار القصة، الجزائر، سنة 2001.
10. عصمت الهواري، «فضاء النقد في منازعات العمل والتأمينات الاجتماعية»، الجزء 7، دار الكتاب الحديث، طبعة 1987.
11. فتحي الدريني، «نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي»، مؤسسة الرسالة، الطبعة 4، بيروت 1977.
12. مصطفى محمد الجمال، «الإنهاء غير المشروع لعلاقة العمل، محاولة تأصيل الجزاء»، بيروت 1970.
13. هدى لطيف العقيدى، «التعويض عن الفصل التعسفي في قانون العمل»، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات كليك.
14. همام محمد محمود، «قانون العمل (عقد العمل الفردي)»، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997-1998.
15. همام محمد محمود زهران، «قانون عمل (عقد العمل الفردي)»، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 2006.
16. جلال مصطفى القرشي، «شرح قانون العمل الجزائري، (علاقات العمل الفردية)»، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.

• الرسائل ومذكرات التخرج

1. بلميهوب عبد الناصر، «عقد العمل المحدد المدة في ظل الإصلاحات الاقتصادية»، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003-2004.
2. بن شويب جمال، «التسريح التأديبي للعامل»، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء»، الجزائر تخصص قانون اجتماعي الدفعة 2، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر 2001.
3. بن عيش نجود، «دراسة المادة 73 من قانون العمل على ضوء قرارات المحكمة العليا»، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 15، 2005-2006.
4. بوشبان متواعدين، «التسريح التعسفي وتنفيذ الأحكام الاجتماعية»، مذكرة لنيل إجازة تخرج المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 1994.
5. زوبة عز الدين، «سلطة المستخدم التأديبية في إطار المادة 73 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقة العمل»، رسالة ماجستير في القانون، فرع القانون الخاص - عقود ومسؤولية-، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2011.
6. عبد الحفيظ بلخيزر، «الإنهاء التعسفي لعقد العمل، دراسة مقارنة»، رسالة لنيل شهادة ماجستير في العقود، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 1989.
7. عثمان محمد عبد الحميد، «الإنهاء التعسفي لعقد العمل»، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة أسبوط، القاهرة، كلية الحقوق، سنة 2002.
8. حمزة فارس ، بوشليط عفاف ، زيبوش ريم، «التنظيم القانوني لإنشاء و إنهاء علاقة العمل في التشريع الجزائري حسب قانون 11/90»، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 2004، 15-2007.
9. العيداني ليندة، كريم ليتيسيا، «تسريح العمال في القانون الجزائري»، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع قانون العمل، تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون الأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2016-2017.

10. الغربي عبد الرحيم، «أسباب انقضاء علاقات العمل في التشريع الجزائري»، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة 2018-2019.

11. محمد حسان هاجر، بن عيسى أسماء، «انتهاء علاقة العمل في ظل القانون 11/90 المعدل والمتمم»، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الضمان الاجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، سنة 2014-2015.

● المقالات

1. جادي فايزة، «مسؤولية المستخدم عن الإنهاء غير القانوني لعلاقة العمل»، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 02، المجلد 04، 2019.

2. حسان نادية، «النظام الداخلي في قانون علاقة العمل»، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، العدد الأول، 2008.

3. شوقي يناس، «التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة بموجب القانون 05-10 المعدلة للقانون المدني»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 3، المجلد 46، د س ن.

4. مصطفى قويدري، «العزل أو الفصل التأديبي في ضوء الفقه والقضاء»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، 2004.

5. منتري مسعود، «التسريح الفردي في تشريع العمل الجزائري»، مجلة العلوم القانونية كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد خاص، 2006.

6. نبهي محمد، «ضعف الحماية القضائية للعامل المسرح تسريح تأديبي تعسفي في التشريع الجزائري»، مجلة منازعات الأعمال، هشام الأعرج، المغرب، عدد 7، 2015.

• المراجع باللغة الفرنسية

1. YAKOUBZINA, « 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, Mouloud Mammeri-Tizi-Ouzou, 2007.
2. NASRI HANOUIFI, « l'assistance du travailleur objet d'une procédure de licenciement», revue El-Djeich, Mois D'avril 1998.

• القرارات القضائية

1. المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 1202085، الصادر بتاريخ 2018/02/08، مجلة المحكمة العليا، سنة 2018، العدد الأول، ص 126.
2. المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 1205085، الصادر بتاريخ 2018/02/08، مجلة المحكمة العليا، سنة 2018، العدد 1، ص 126.
3. المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 1235208، الصادر بتاريخ 2018/07/04، مجلة المحكمة العليا، سنة 2018، العدد الثاني، ص 120.
4. المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 129038، الصادر بتاريخ 1995/12/19، مجلة المحكمة العليا، سنة 1995، العدد الثاني، ص 120.
5. المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 177700، الصادر بتاريخ 1999/03/09، مجلة المحكمة العليا، سنة 1999، العدد الأول، ص 132.
6. المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 182539، الصادر بتاريخ 2000/01/18، مجلة المحكمة العليا، سنة 2001، العدد الثاني، ص 41.

7. المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 190088، الصادر بتاريخ 2000/02/15، مجلة المحكمة العليا، سنة 2001، العدد الثاني، ص 94.
8. المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 211629، الصادر بتاريخ 2002/02/17، مجلة المحكمة العليا، سنة 2002، العدد 1، ص 173.
9. المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 214574، الصادر بتاريخ 2001/02/14، مجلة المحكمة العليا، سنة 2002، العدد الأول، ص 195.
10. المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 284181، الصادر بتاريخ 1999/12/07، (قضية ش. ذات أسهم ج أ ضد ع.ق) مجلة المحكمة العليا، سنة 2000 العدد الثاني، ص 10.
11. المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 289603، الصادر بتاريخ 2005/03/16، مجلة المحكمة العليا، سنة 2015، العدد الأول، ص 177.
12. المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 529206، الصادر بتاريخ 2009/04/01، مجلة المحكمة العليا، سنة 2010، العدد 02، ص 377.
13. المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 65581، الصادر بتاريخ 1991/02/13، غير منشور.
14. المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 1139585، الصادر بتاريخ 2018/05/10، موقع المحكمة العليا. coursupreme.dz.



الفهرس

2..... المقدمة

5..... الفصل الأول: تحقق التسريح التعسفي

6..... المبحث الأول: تحديد التسريح التعسفي

6..... المطلب الأول: مفهوم التسريح التعسفي

7..... الفرع الأول: مفهوم التسريح التعسفي فقها

7..... الفرع الثاني: مفهوم التسريح التعسفي قانونا

8..... المطلب الثاني: حالات التسريح التعسفي

9..... الفرع الأول: الحالات المستمدة من القانون المدني

9..... أولاً: قصد الإضرار بالغير

10..... ثانياً: قلة الفائدة مقارنة بالضرر

10..... ثالثاً: عدم مشروعية الغاية

11..... الفرع الثاني: الحالات المستمدة من القانون 11/90

11..... أولاً: عدم مراعاة ظروف ارتكاب الخطأ

12..... ثانياً: التسريح في غياب النظام الداخلي

12..... ثالثاً: خرق الإجراءات التأديبية و/أو الاتفاقية الملزمة

13..... رابعاً: عدم إثبات المستخدم للخطأ الجسيم

13..... خامساً: التسريح مخالفة للمادة 12 قانون 11/90

14..... سادساً: التسريح لارتكاب خطأ يعاقب عليه قانون العقوبات

14..... سابعاً: التسريح خلال فترة تعليق علاقة العمل

15..... ثامناً: التسريح بسبب المشاركة في إضراب

16..... المبحث الثاني: تكيف التسريح التعسفي

16..... المطلب الأول: عدم مراعاة القواعد الموضوعية للتسريح

16..... الفرع الأول: ضرورة توفر الخطأ الجسيم

- 17.....أولاً: الخطأ المعاقب عليه جزائياً.
- 18.....ثانياً: رفض التعليمات.
- 19.....ثالثاً: إفشاء أسرار مهنية.
- 19.....رابعاً: المشاركة في توقف جماعي وتشاوري عن العمل.
- 20.....خامساً: القيام بأعمال عنف.
- 21.....سادساً: التسبب في أضرار مادية.
- 21.....سابعاً: رفض تنفيذ أمر التسخير.
- 22.....ثامناً: تناول الكحول والمخدرات.
- 23.....الفرع الثاني: القيود المحيطة بالخطأ الجسيم.
- 23.....أولاً: مراعاة الظروف الملازمة للخطأ الجسيم.
- 24.....ثانياً: إثبات مشروعية التسريح.
- 24.....المطلب الثاني: عدم مراعاة القواعد الإجرائية للتسريح.
- 25.....الفرع الأول: عدم مراعاة القواعد الإجرائية المقررة بنص قانوني.
- 25.....أولاً: سماع العامل.
- 26.....ثانياً: الاستعانة بزميل.
- 26.....ثالثاً: التبليغ الكتابي.
- 27.....الفرع الثاني: عدم احترام الإجراءات الواردة في مصادر أخرى.
- 27.....أولاً: الإجراءات التأديبية الواردة في النظام الداخلي.
- 28.....ثانياً: الإجراءات التأديبية الواردة في الاتفاقية الجماعية.

31.....الفصل الثاني: آثار التسريح التعسفي.

32.....المبحث الأول: التعويض العيني.

- 32.....المطلب الأول: إدراج العامل المسرح تعسفياً.
- 33.....الفرع الأول: مقتضيات إعادة الإدراج في منصب العمل.
- 34.....الفرع الثاني: اقتران إعادة الإدراج بالامتيازات المكتسبة.
- 36.....المطلب الثاني: تكريس الحق في عدم الرجوع.
- 36.....الفرع الأول: مقتضيات إعادة الإدراج.

37.....الفرع الثاني: آثار رفض إعادة الإدماج.

39.....المبحث الثاني: التعويض المالي

39.....المطلب الأول: تكريس التعويض النقدي.

40.....الفرع الأول: التعويض عن التسريح التعسفي.

41.....الفرع الثاني: التعويض عن عدم الإخطار المسبق.

42.....المطلب الثاني: تقدير التعويض النقدي.

42.....الفرع الأول: تعويض التسريح التعسفي.

44.....الفرع الثاني: التعويضات أخرى.

44.....أولاً: التعويض عن الأضرار المحتملة.

44.....ثانياً: التعويض عن مهلة الإخطار.

47.....-الخاتمة.

50.....- قائمة المراجع.

57.....- الفهرس.