إلى روح العميد

منجي طرشونة

العميد

منجي طرشونة

المنجي طرشونة كان مزيجا من التواضع والطيبة والبساطة والعطاء والحكمة والعلم والحزم والنزاهة وكان صاحب شخصية مناضلة إلى أبعد حدود الكلمات والسكون.

العميد المنجي طرشونة

(1952-2015)

"وجه آخر لشهداء الوطن: شهداء العلم". هكذا عنون أحد الصحافيين مقاله بتاريخ 3 ديسمبر 2015 وهو يعلن خبر وفاة أحد ركائز القانون المدني والقانون الاجتماعي في تونس: **العميد المنجي طرشونة** .

يمس القانون الاجتماعي الجميع ولا يهتم به إلا القليل. ويعد العميد المنجي طرشونة احد الأساتذة الباحثين القلائل الذين اهتموا بهذه المادة القانونية تأملا وبحثا وليكون عميدها في تونس. لقد أهدى حياته لهذا القانون الرافع للعدالة الاجتماعية وكان له الفضل أن أعطى لقانون الشغل "نبل" المادة القانونية.

وكان الأستاذ يتفانى جسدا وروحا في البحث العلمي والتدريس. وقد حاول بكل ما أوتي من قوة أن يضطلع بدوره كأستاذ جامعي على أحسن وجه.أراد أن يكون علما في ميدانه فبحث في جميع جوانب قانون الشغل وساهم في إرساء أسس تدريسه بالجامعة التونسية. كمدرس وباحث كان قامة علمية وتحلى بالتواضع بعيدا عن كل أشكال الغرور العلمي.

حامل لدكتوراه دولة في القانون من جامعة السربون - باريس 1 بعنوان اطروحة أعدها تحت إشراف الأستاذ جيرار ليون كون حول" المفاوضة الجماعية في تونس" كان المنجي طرشونة أستاذ تعليم عال بالمعهد الوطني للشغل والدراسات الاجتماعية ثم أستاذا بكلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية (بسوسة) وعميدا لها بين 1999 و 2005 (كلية الحقوق والعلوم السياسية حاليا) اشرف على العديد من وأنجز قرابة المائة من أشغال بحث (مقالات بحث وكتب...).

كأستاذ وعميد كان الطالب محور اهتمامه فسعى أن توفر الجامعة تكوينا جيدا لطلبة يكونون على قدر من الاستقلالية والثقافة والإحساس بالمسؤولية. حرص على المساهمة في تكوين جيل قادر على استلام المشعل والمساهمة في بناء تونس. نجح العديد ممن درس عنه في حياتهم المهنية والاجتماعية فكان ذلك مفخرة بالنسبة إليه.

كان الأستاذ المنجي طرشونة نقابيا،قناعة وانتماء، فخورا بانحيازه للقضايا الاجتماعية وخدمته لإشاعة حقوق الإنسان في العمل من خلال نشاطاته البحثية والتوعوية كما كان فخورا بمساهمته في احترام الحقوق الاجتماعية والنهوض بها في إطار احترام القانون ومنه مجلة الشغل التي كان يعتبرها مصدر سلطة لكن دون القداسة ونادى في عديد المناسبات إلى مراجعتها.

لقد أراد مجموعة من الأساتذة الأجلاء والطلبة الباحثين تكريم وجها قديرا لقانون الشغل في تونس بهذه الإسهامات الغزيرة التي قدموها بمناسبة الندوة الدولية حول خمسينية مجلة الشغل التي نظمها المعهد الوطني للشغل والدراسات الاجتماعية (جامعة قرطاج)، يومي 27 و28 افريل 2016، بشراكة مع كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس (جامعة تونس المنار) وكلية الحقوق بصفاقس (جامعة صفاقس) والمركز الدولي للقانون المقارن للشغل والضمان الاجتماعي (جامعة بوردو – فرنسا).

هذا الكتاب هو كتاب فقه، ينتابك من خلال قراءته الإحساس العميق بمدى احترام المساهمين فيه لروح رجل قانون لا نظير له في اختصاصه.

الأستاذ عبد الستار مولهي

مدير المعهد الوطني للشغل والدراسات الاجتماعية - جامعة قرطاج

الفهرس

الصفحة

مدى مواكبة مجلة الشغل للتطور الاقتصادي والاجتماعي من خلال إبرام وإنهاء العلاقات الشغلية

حافظ لعموري..... 5

خمسينية مجلة الشغل: من التنقيحات إلى إعادة الصياغة

حاتم ورتتاني..... 35

الحوار الاجتماعي كألية من اليات تطوير وإصلاح مدونة الشغل دراسة مقارنة عربية

كمال هشومي..... 42

المغادرة التلقائية للأجير في مدونة الشغل المغربية

فريدة ليموري 58

مجلة الشغل والاتفاقيات المشتركة

سناء السويسي..... 67

الاسباب الخاصة لإنهاء عقد الشغل

نسرين البلالي..... 86

الإضراب في مجلة الشغل

امنة خذري..... 109

عندما تزعج الدعوى الجزائية الدعوى الشغلية

صابرين مناعي..... 127

قاضي الشغل ومراقبة الطرد

عصام لحمر..... 135

مدى مواكبة مجلة الشغل للتطور الاقتصادي والاجتماعي

من خلال إبرام وإنهاء العلاقات الشغلية

حافظ العموري

أستاذ بالمعهد الوطني للشغل والدراسات الاجتماعية

مجلة الشغل هي مجلة اقتصادية واجتماعية بامتياز نظرا لحساسيتها المفرطة لكل التحولات الاقتصادية والاجتماعية فهي تتأثر بهذه التحولات وتؤثر فيها.وهذه العلاقة الجدلية المباشرة بين الاقتصادي والاجتماعي ومجلة الشغل من المفروض أن تضفي حركية على هذه المجلة غير أنه بالرجوع إلى عدد المراجعات التي أدخلت عليها طيلة الخمسين سنة المنقضية وعمق مواضيعها نتبين أنها محدودة جدا حيث أنها منذ صدورها سنة 1966 لم تتم مراجعتها بصفة شاملة ومعمقة.

ولكن بالرغم من جمود مجلة الشغل فإن قانون الشغل بمفهومه الأشمل يعد من أكثر القوانين حركية وذلك عبر الاتفاقيات المشتركة التي يتم التفاوض بشأنها كل ثلاث سنوات والتي بالرغم من أنها نصوص تعاقدية إلا أنها مكملة ومطورة لمجلة الشعل، فالاتفاقيتان الإطاريتان هما بمثابة الملحقين لمجلة الشغل بخلاف النظام الأساسي العام والأنظمة الأساسية الخاصة بالمنشآت العمومية التي ضيقت من مجال تطبيق مجلة الشغل وجعلته مقتصرا على المسائل التي لم تتعرض لها هذه الأنظمة وأزاحت بذلك أهم مبدأ يميز قانون الشغل عن القوانين الأخرى وهو النظام العام الاجتماعي الذي يمكن الأجراء من الأنفع لهم في حالة نزاع بين مختلف النصوص ذات الصلة.

ولا يمكن عزل مجلة الشغل عن الاتفاقيات المشتركة في دراسة مدى مواكبتها التطور الاقتصادي والاجتماعي من خلال أهم ركيزتي قانون الشغل عموما وهما إبرام العلاقة الشغلية وإنهاؤها واللتان ركزت عليهما المؤسسات المالية العالمية لوصف مجلة الشغل بالمتحجرة والمنفرة للمستثمرين بسبب عجزها عن مواكبة التحولات الاقتصادية الوطنية والعالمية.[1] ولعل خمسينية مجلة الشغل الحدث الأنسب لتقييم مدى استجابتها للمتغيرات الاقتصادية والاجتماعية منذ صدورها بمحاولة الإجابة على سؤال محوري وهو :ما مدى مواكبة مجلة الشغل للتطورات الاقتصادية والاجتماعية من خلال إبرام (الجزء الأول) وإنهاء(الجزء الثاني) العلاقات الشغلية ومدى نجاحها في التوفيق بين المنحى الليبرالي للاقتصاد التونسي منذ السبعينات من القرن الماضي وبين الثوابت الحمائية للأجراء الموروثة في جزء كبير منها عن القانون الفرنسي والتي أصبحت من أسس هذه المجلة ؟

I) مدى مواكبة مجلة الشغل للتطور الاقتصادي والاجتماعي من خلال إبرام العلاقات الشغلية

أولا: التمسك بمبدأ الحرية التعاقدية تكريسا لمبدأ الحرية الاقتصادية للمؤسسة

1) حرية التعاقد لمدة غير معينة أو معينة تحقيقا للمرونة اللازمة لمواكبة المتغيرات الاقتصادية

ينص الفصل 6 ثانيا من مجلة الشغل[2] :"يبرم عقد الشغل لمدة غير معينة أو معينة " وهو تأكيد لمبدأ حرية اختيار العقد من الطرفين المتعاقدين بصرف النظر عن تكريس هذه الحرية من عدمه واقعيا .ففي كل بلدان العالم تقريبا نلاحظ

[1] يراجع محمد الناصر كلمة افتتاح أشغال الملتقى الإفريقي حول قانون الشغل وتحرير المبادلات المجلة التونسية للقانون الاجتماعي عدد خاص سنة 2007.

[2] هذا الفصل أضيف في إطار مراجعة مجلة الشغل سنة 1996 بمقتضى القانون عدد 62-1996 المؤرخ في 15 جويلية 1966.

تباعدا décalage بين القانون والواقع خاصة إذا تعلق الأمر بقانون له صبغة اقتصادية واجتماعية كقانون الشغل. ومدى اتساع الهوة بين القانون والواقع من بين مقاييس درجة التحضر والتقدم الاقتصادي والاجتماعي والسياسي.

وتونس لا تخرج عن صف البلدان النامية التي يفرض فيها الواقع الاقتصادي والاجتماعي قواعده على القواعد القانونية لقانون الشغل :

impose La loi dispose et la pratique بما يفسر اتساع الهوة بين القانون والواقع في بعض المجالات من ذلك الحرية التعاقدية.

والفصل 6-2 من مجلة الشغل السالف ذكره أحسن دليل عن التباعد بين النظري والعملي حيث نستنتج من هذا الواقع العملي أن الحرية التعاقدية مكرسة في جل الأحيان في اتجاه واحد باعتبار أن المؤجر هو الذي يفرض نوع العقد نظرا لحاجة طالب الشغل للعمل وهو ما أضفى على عقد الشغل صفة عقد الإذعان أو عقد الانخراط خاصة في البلدان التي ترتفع فيها نسبة البطالة كتونس باستثناء بعض الاختصاصات القليلة النادرة في سوق الشغل حيث تصبح العلاقة أكثر توازنا.

ونعتقد أن الذهاب في اتجاه تأويل الفصل 6-2 السالف الذكر في اتجاه التعاقد لمدة غيرمعينة كمبدأ ولمدة معينة كاستثناء للقول بأن مجلة الشغل غلبت الحماية الاجتماعية للأجير على الحماية الاقتصادية للمؤسسة يحمل هذا الفصل ما لا طاقة له به ولا يتناسق مع التوجه العام لمراجعة مجلة الشغل سنة 1996 المتمثل في إدخال أكثر ما يمكن من المرونة على العلاقات الشغلية لتمكين المؤسسات الاقتصادية من مواجهة التقلبات الاقتصادية العالمية والتي انعكست مباشرة على الاقتصاد التونسي. والتأويل المذكور يستند إلى صياغة الفصل 6-2 المذكور أعلاه والتي سبقت العقد غير معين المدة على العقد معين المدة غير أن الأسبقية لم تأت على سبيل الترتيب أو الأفضلية بل على سبيل الحرية والاختيار تأسيسا على عبارة "أو" التي تفيد التساوي بين خيارين وحرية الاختيار بينهما.

وبعلاقة مع التجارب الأجنبية نلاحظ أن البلدان التي أرادت إعطاء الأولوية للعقود غير معينة المدة ربطت إبرامها بطبيعة العمل بمنع إبرام عقد معين المدة للقيام بعمل قار [3].خلافا لمجلة الشغل التونسية التي أكدت على هذه الحرية التعاقدية التي تضفي على إبرام العلاقة الشغلية أكثر مرونة بإمكانية الاتفاق على ربط مدة العقد بطبيعة العمل.

2) حرية ربط مدة العقد بطبيعة العمل وتقلبات الاقتصاد

كما هو الشأن بالنسبة للعقد غير معين المدة يخضع العقد معين المدة لمبدأ الحرية التعاقدية غير أن هذه الحرية لا تقتصر على العقد في ذاته معين أو غير معين المدة بل تتسع لتشمل مدة العقد التي قد تكون بتاريخ ثابت[4] أو بطبيعة العمل وهي الأكثر استجابة إلى التقلبات الاقتصادية.

فقد نص الفصل 6 رابعا من مجلة الشغل[5] في فقرته الأولى على حرية مطلقة لإبرام عقد الشغل معين المدة بما يستجيب لوضعية المؤسسة والاقتصاد ككل وذلك في خمس حالات تشمل جل الحالات الطارئة والتقلبات الاقتصادية التي قد تمر بها المؤسسة لتمكينها من تصرف مرن في مواردها البشرية من ذلك مثلا:

"القيام بالأعمال التي تستوجبها زيادة غير عادية في حجم العمل ".
"التعويض الوقتي لعامل قار متغيب أو توقف عقد شغله".
"القيام بأعمال موسمية أو بأنشطة أخرى لا يمكن حسب العرف أو بحسب طبيعتها اللجوء فيها إلى عقود غير معينة المدة".

[3] من هذه البلدان فرنسا مثلا.
[4] أنظر لاحقا.
[5] أضيف في إطار مراجعة مجلة الشغل سنة 1996.

هذه الحالات وغيرها وردت في صياغة عامة بما يمكن المؤجر من التوسع فيها حسب حاجيات المؤسسة فالحالة المتمثلة في إمكانية ربط مدة العقد بانتهاء العمل الناتج عن زيادة غير عادية في حجم العمل قد تطرح إشكالا عمليا وقانونيا بشأن معايير تقدير حجم العمل العادي الذي على أساسه تقاس الزيادة ".كما أن مجلة الشغل والاتفاقيات المشتركة وكذلك فقه القضاء لم يحددوا سقفا زمنيا لهذه الزيادة غير العادية في حجم العمل ومتى تتحول من المستوى غير العادي إلى المستوى العادي في غياب معايير ذات صلة ؟[6]

لقد تركت مجلة الشغل للمؤجر إعمال سلطته التقديرية في تحديد الأعمال المشمولة بالزيادة غير العادية وتاريخ انطلاقها وبالتالي التعاقد الحر بعقود معينة المدة مرتبطة بزوال هذه الزيادة التي تدخل أيضا في مجال تقديره وللقضاء في حالة نزاع مراقبة مدى حسن المؤجر لاستعمال سلطته التقديرية وعدم الانحراف بها للتعاقد أطول مدة ممكنة بعقود مرتبطة بإنهاء العمل.

وما ينطبق على هذه الحالة من حرية وإطلاق في الصياغة ينطبق على الحالة المتعلقة بربط مدة العقد بالأعمال الموسمية أو بأنشطة أخرى لا يمكن حسب العرف أو بحكم طبيعتها اللجوء فيها إلى عقد غير معينة المدة حيث نلاحظ تطورا اقتصاديا وتكنولوجيا جليا بشأن الأعمال الموسمية وأصبحت عديد الأعمال الفلاحية تعتمد على الآلية والبيوت المكيفة وبالتالي متواصلة على امتداد السنة بينما كانت أعمالا موسمية بامتياز وهو ما يفسر ذكرها كأحسن مثال عن الأعمال الموسمية بالمنشور عدد 13 الصادر عن وزير الشؤون الاجتماعية في 10 جويلية 1997 لتوضيح بعض المسائل الغامضة في الأحكام المنقحة أو المضافة في مجلة الشغل بمقتضى مراجعتها في 15 جويلية 1996.

وأضاف المنشور المذكور تعريفا لمصطلح العمل الموسمي على انه يتميز بتكراره كل سنة خلال فترة زمنية تكاد تكون ثابتة حسب تواتر المواسم ووفق العرف وأن تكون دوريته ومدته خاضعتين لعوامل مستقلة عن إرادة المؤجر.وهذا التعريف في حد ذاته منطقي ومتناسق ولكن الاستنارة به عند الاقتضاء يجب أن تأخذ في الاعتبار التطور الذي عرفته الأعمال الموسمية فتحويل المنتجات الفلاحية كمثال ثان ذكره المنشور للعمل الموسمي شهد تطورا حيث أصبحت جل معامل التحويل تعمل بصفة مستمرة لتحويل المنتجات المتعاقبة زمنيا دون انقطاع.وكان ربما من الأدق تعريف العمل الموسمي في علاقة بعقود الشغل بالتركيز على انقطاع العمل بين الموسم والآخر كمعيار أساسي لأن الهدف من هذا التعريف تحديد ربط مدة التعاقد بطبيعة العمل للتعبير بأكثر صراحة على مقصد المشرع في مجلة الشغل

. وخلافا للحرية التعاقدية شبه المطلقة من حيث مدة العقد التي نستنتجها من الحالتين المذكورتين للأخذ في الاعتبار حاجة المؤسسة إلى التأقلم فإن حالة التعويض الوقتي لعامل قار متغيب أو توقف تنفيذ عقد شغله قابلة لتحديد المدة الزمنية التعاقدية الناجمة عنها بأكثر دقة حيث ترتبط برجوع العامل المعني إلى سالف عمله[7] ولكن هذه الدقة لا تحول دون إمكانية امتداد التعاقد لمدة زمنية طويلة قد تتجاوز الأربع سنوات في حالة مرض طويل الأمد مثلا.

على المستوى القانوني تحتاج صياغة هذه الفقرة إلى مزيد من الدقة من ذلك تمييزها بين الغياب وتوقف عقد الشغل بينما التوقف هو نتيجة قانونية لهذا الغياب باعتبار أن المشرع يقصد الغياب القانوني[8] وإلا فإنه لم يرتب عنه توقف العقد بل قطعه [9] ونلاحظ أيضا اقتصار المشرع على تغيب العامل القار الذي يمكن تعويضه وكأن المؤجر حر في قطع عقد العامل غير القار(المتعاقد لمدة معينة) بينما الجزاء المترتب عن ذلك والمتمثل بالأساس في دفع أجر ما تبقى من العقد قد يتجاوز ذلك المترتب عن قطع العقد غير معين المدة وكان من الأصوب عدم التمييز في هذه الحالة.

---

[6] منشور وزير الشؤون الاجتماعية عدد 13 مؤرخ في 10 جويلية 1997 نص على أن هذه الأشغال ناجمة عن كثافة مؤقتة للعمل العادي وبالتالي بقي الغموض على ما هو عليه بشأن السقف الزمني الأقصى باعتبار أن مصطلح مؤقتة غير دقيق.

[7] يراجع الطيب اللومي عقد الشغل الفردي والقضاء الشغلي إصدارات حيوني سنة 1997

[8] يراجع في هدا الموضوع المنجي طرشونة والنوري مزيد،مجلة الشغل معلق عليها،إصدار المطبعة الرسمية سنة 2002

[9] يراجع في هدا الموضوع محمد الهادي بن عبد الله،مجلة الشغل معلق عليها،إصدارات دار إسهامات في أدبيات المؤسسة 2005

وفي نفس توجه إدخال مزيد المرونة على إبرام العلاقات الشغلية نصت مجلة الشغل ولأول مرة على صيغة جديدة للتعاقد تتمثل في العمل لوقت جزئي وهي تختلف عن العمل لنصف الوقت المعمول به في القطاع العام والذي مقصده اجتماعي بحت.

3) حرية التعاقد لوقت جزئي مواكبة لتقلبات العرض والطلب على المنتجات والخدمات.

نظرا للأهمية القصوى اقتصاديا واجتماعيا للعمل لوقت جزئي خصصت مجلة الشغل قسما كاملا (القسم الثالث) لإدخال هذه المرونة على العلاقات الشغلية التي كانت تفتقدها ، وهذه الإضافة مردّها اقتصادي بالأساس باعتبارها وردت في إطار توجه متكامل للمشرع عند مراجعته السالفة الذكر لمجلة الشغل وبالتالي لا يمكن قراءة حرية التعاقد لوقت جزئي بمعزل عن هذا السياق ولكن هذا لا ينفي الصبغة الاجتماعية عنها[10].

وهذه المرونة تمكن المؤسسة من مواجهة الأزمات الاقتصادية بالخصوص دون أن تلجأ إلى التقليص في عدد الأجراء حيث لاشيء يمنع الاتفاق بين المؤجر والأجير العامل لوقت كامل من الانتقال لوقت جزئي ولو لمدة معينة حتى تتحسن الظروف الاقتصادية عوضا عن انتداب أجراء جدد لوقت جزئي أو إنهاء العلاقة الشغلية لآخرين عاملين لوقت كامل.

وهذا التعاقد الجديد وإن لم يأت في إطار معالجة الأسباب الاقتصادية والفنية التي خصصت لها مجلة الشغل منظومة متكاملة من الفصل 21 إلى الفصل 21-13 فإنه قد يساهم كما بيّنا في المحافظة على المؤسسة الاقتصادية ومواطن الشغل.

وعملا بمبدأ الحرية التعاقدية يجيز الفصل 94-2 للطرفين الاتفاق على إبرام عقد شغل لمدة معينة أو غير معينة للعمل لوقت جزئي منذ الانتداب أو بعده بما يتيح للمؤسسة حوكمة التصرف في مواردها البشرية حيث تتمتع بمرونة مضاعفة: مدة معينة ووقت جزئي يمكناها من سرعة التأقلم مع التقلبات الاقتصادية.

ومجلة الشغل تجاوزت من حيث المرونة صيغة العمل لنصف الوقت في القطاع العمومي باعتبار أن الفصل المذكور لم يحدد وقتا أدنى لا يمكن النزول دونه واقتصرت على ضبط وقت أقصى لا يتجاوز 70 % من توقيت العمل العادي المنطبق على المؤسسة بما يجيز التعاقد لأقل من نصف الوقت مقابل أجر مساوي للوقت المتفق عليه.

هذه المرونة القصوى التي أدخلتها مجلة الشغل على منظومة التعاقد يقابلها تصلب مفرط لقانون الضمان الاجتماعي الذي مازال متمسكا بقاعدة المساهمات على أساس الأجر المدفوع فعليا حتى وإن كان هذا الأخير أقل من الأجر الأدنى المضمون بحكم العمل لمدة أقل من المدة الدنيا لنظام الوقت العادي.[11]

وكان على المشرع أن لا يدخل المرونة المذكورة على قانون الشغل بمعزل عن قانون الضمان الاجتماعي نظرا للارتباط الوثيق بين المنظومتين القانونيتين بما يضمن السعي نحو تحقيق التوازن المالي وحماية حقوق الأجراء وذلك بتمكين المؤجر والأجير المتعاقدين لوقت جزئي من دفع المساهمات على أساس الوقت الكامل كما هو الشأن في القطاع العمومي وهو ما من شانه أن يشجع الأجراء على التعاقد لوقت جزئي بحصولهم على جرايات على أساس أجر الوقت الكامل[12].

وغياب التناسق بين قانون الشغل وقانون الضمان الاجتماعي ساهم في إجهاض المرونة المنشودة من التعاقد لوقت جزئي بعدم الإقبال عليه من طرف الأجراء ولكن ليس فقط بسبب الأجر الجزئي بل أيضا خوفا من الحصول على جرايات

---

[10] كما سلف ذكره لم يغب المنحى الاجتماعي عن إدخال التعاقد لوقت جزئي ضمن أحكام مجلة الشغل باعتباره يُمكن الأجير بالاتفاق مع المؤجر من الانتقال من الوقت الكامل إلى الوقت الجزئي لأسباب صحية أو اجتماعية كالحمل ورعاية طفل اومعاق أو مريض وله أولوية الرجوع لنظام الوقت الكامل عملا بالفصل 94-10 من مجلة الشغل عند توفر شغور في مراكز عمل لوقت كامل تتناسب مع اختصاصاته المهنية.

[11] بالنسبة لنظام الأجراء في القطاع غير الفلاحي تحتسب جرايات التقاعد ومختلف الجرايات الأخرى على أساس الأجر المصرح به دون أن يتجاوز سقفه 6 مرات الأجر الأدنى إذا لم تكن المؤسسة منخرطة في النظام التكميلي للجرايات.

[12] يراجع في هدا الموضوع محمد الهادي بن عبد الله،النزاعات في مجال الضمان الاجتماعي على ضوء القانون المحدث لمؤسسة قاضي الضمان الاجتماعي، المجلة التونسية للقانون الاجتماعي عدد 10 خاص بالضمان الاجتماعي سنة 2004

ضعيفة أو حتى الحرمان منها كليا إذا كان الأجر المصرح به أقل من ثلثي الأجر الأدنى [13]. وهو ما قد يفسر ولو جزئيا اللجوء المتصاعد للتعاقد من الباطن أو ما يعرف بمناولة اليد العاملة بحثا عن المرونة المطلقة.

ثانيا: حرية التعاقد من الباطن (المناولة)بحثا عن المرونة المطلقة

1) غياب تعريف مناولة اليد العاملة مصدر للتوسع في حرية العمل بها

ترسيخ المنحى الليبرالي للاقتصاد التونسي سنة 1986 بالإصلاحات الهيكلية التي أدخلت عليه علما و ان هذا التوجه بدأ سنة 1972 بالقانون الشهير الذي شجع الشركات الأجنبية المصدرة على الانتصاب في تونس. وتدعم هذا الانفتاح الذي جعل الاقتصاد التونسي في جزء هام منه اقتصاد مناولة أعمال لفائدة شركات أجنبية وهذا ليس سلبيا في حد ذاته ولكن نوعية المناولة هي التي أثرت سلبا على الاقتصاد وتشغيل أصحاب الشهائد العليا وحقوق العمال.4

وخلافا لبعض الدول التي تطور اقتصادها بفضل المناولة والتي أصبحت بدورها تناول بعض أعمالها كماليزيا وسنغفورة وكوريا الجنوبية لأنها اختصت في مناولة الأعمال ذات القيمة المضافة العالية واستفادت من نقل التكنولوجيا العالية فإن تونس اعتمدت منذ البداية على مناولة أعمال بسيطة بيد عاملة ذات تكوين متوسط تنافس بالأجور الضعيفة والمرونة في التصرف في الموارد البشرية ولا تنافس بالجودة والقيمة المضافة العالية التي تعتمد على تكنولوجيا متطورة ويد عاملة مختصة.كما أن محدودية القدرة المالية للمؤسسات التونسية لا تمكنها من الاستثمار في التكنولوجيا العالية ومواكبة التطور التكنولوجي بما يضطرها إلى الاعتماد على اليد العاملة التي تتطلب إمكانية أقل بكثير مما تتطلبه الاستثمارات في التكنولوجيا حتى تتمكن من المنافسة داخليا وخارجيا.

وهناك غياب تعريف للمناولة في مجلة الشغل وعدم وجود تعريف موحد في التشاريع الأجنبية مما حال دون إصدار اتفاقية دولية بشأن هذا الشكل من العمل والاكتفاء بتوصية بشأن التعاقد من الباطن محاولة من منظمة العمل الدولية تقريب تشاريع وممارسات الدول الأعضاء من بعضها البعض5 [14].

ويمكن من جانبنا أن نعرف المناولة على أنها : تعاقد تجاري بين شركة مستفيدة أو أصلية وشركة مناولة أو ثانوية تقوم بتنفيذ عمل أو أنجاز خدمة لفائدة الأولى أو تضع على ذمتها وتحت تصرفها وإمرتها أجراء يقومون بالأعمال المطلوبة مقابل مبلغ مالي متفق عليه مسبقا تدفعه الأولى للثانية.

ومن جهتها تتعاقد شركة المناولة مع أجرائها بعقود شغل عادة ما تكون معينة المدة بأجل ثابت أو بانتهاء العمل موضوع التعاقد لتنفيذ موضوع العقد التجاري السالف الذكر.وهذا التعاقد يدخل الشركة المستفيدة في باب الغير الذي ليس له أية علاقة قانونية مهما كان نوعها مع أجراء شركة المناولة.

وعلى المستوى الاقتصادي يمكن تعريف المناولة على أنها وسيلة مرونة قصوى للتصرف السريع والعقلاني في الموارد البشرية حسب تقلبات العرض والطلب داخليا وخارجيا تمكن من المحافظة على القدرات التنافسية بالتأقلم السريع1

وللبحث عن أقصى ما يمكن من المرونة أخذت المناولة في جل الدول المتقدمة والنامية شكلا في ظاهره جديد متمثلا في ما يسمى بإخراج بعض أنشطة المؤسسة لتنجز من طرف مؤسسات أخرى Externalisation غير أن هذا الإخراج الذي بدأ بأنشطة ثانوية بصدد التوسع السريع وشمل أنشطة أساسية كالمحاسبة والإعلامية وغيرهما.وإخراج نشاطات لمناولتها إلى مؤسسة أخرى يدخل في إطار مناولة العمل بمقتضى عقد إنجاز خدمات تلتزم بمقتضاه شركة المناولة والتي ما هي إلا شكل جديد للمقاول الفرعي الذي نصت عليه مجلة الشغل في الفصول 28 و29 و30 بإنجاز النشاط المتفق عليه والذي

---

[13] كل ثلاثية مصرح بها على أساس أجر يقل عن ثلثي الأجر الأدنى المضمون لهذه الثلاثية لا تعتمد في احتساب الجرايات.

4 محمد الناصر التشريع الاجتماعي وامتحان العولمة المجلة التونسية للقانون الاجتماعي عدد ممتاز سنة 2005

[5] الرجوع إلى تقرير المكتب الدولي للعمل - الوثيقة الأساسية الفنية الصادرة عن لجنة الخبراء سنة 2000.

تعتبره الشركة المستفيدة ثانويا. وخلافا لمناولة اليد العاملة فإن مناولة النشاطات التي يتم إخراجها تنجز عادة في شركات المناولة عن طريق أجرائها بتبعية قانونية مباشرة.

وشركات مناولة اليد العاملة أو ما يسمى في بعض التشاريع الأخرى بشركات العمل الوقتي تضع تحت تصرف الشركات المستفيدة عددا من الأجراء لإنجاز أعمال اوخدمات تشرف هذه الأخيرة على تنفيذها وتوفر وسائل القيام بها وتراقب نتائجها بالرغم من انتفاء أي تعاقد شغلي بين هذه الشركات التي تمارس على العمال تبعية قانونية مباشرة وكاملة وبين أجراء شركات المناولة.

وبصرف النظر عن هذا التبعية القانونية المباشرة والتبعية الاقتصادية غير المباشرة لأجراء المناولة إيزاء الشركات المستفيدة من عملهم نلاحظ غياب تام في مجلة الشغل وفقه القضاء لتضييق اللجوء إلى المناولة في الزمان وفي طبيعة العمل حيث من المفروض أن تكون شركات المناولة شركات عمل وقتي يتم اللجوء لها في حالات معينة محدودة في الزمان وتقتصر على الأعمال المذكورة بالفقرة الأولى من الفصل 6 رابعا من مجلة الشغل باعتبار أن المشرع صنفها ضمنيا أعمالا مؤقتة [15].

ورفض المركزية النقابية للعمال (الاتحاد العام التونسي للشغل) وضع إطار قانوني للمناولة مكن المؤجرين من المرونة المطلقة المنشودة في غياب تأطير قانوني في مجلة الشغل وإن حاول القانون التفاوضي في الاتفاقية المشتركة القطاعية لشركات الحراسة ونقل العملة تنظيم هذا القطاع الذي يمثل مناولة اليد العاملة بامتياز.

2) غياب التضييق القانوني والتفاوضي للمناولة :إخلال بالتوازن المنشود بين توفير المرونة للمؤسسة والحماية للأجراء

اقتصرت مجلة الشغل في الفصول (28-29-30) التي تنظم المناولة تحت عنوان "مؤسسات اليد العاملة الثانوية" على ضمان حقوق أجراء شركات المناولة في حالة إخلالها بواجباتها وخاصة في حالة عجزها عن الإيفاء بحقوق أجرائها المتعلقة بالأجور والراحة خالصة الأجر وغيرها من الحقوق المحمولة مبدئيا على هذه الشركات ولضمانها حوّلها المشرع على عاتق الشركات المستفيد من عمل هؤلاء الأجراء [16].

ولكن هذه الضمانات التي من شأنها تضييق اللجوء إلى شركات المناولة أفرغت من محتواها بربطها بشرط "عجز شركة المناولة عن الدفع" وهو ما يتطلب إثباتا يقتضي إجراءات قانونية معقدة ومصاريف يعجز عن تحملها الأجراء المطالبين بهذا الإثبات بوصفهم مدعين وعملا بمبدأ براءة ذمة مؤجريهم (شركات مناولة) ليتسنى الرجوع بهذه الحقوق على الشركات المستفيدة.كما للصندوق الوطني للتأمين على المرض الرجوع على الشركات المستفيدة لاستخلاص التعويضات التي دفعها للأجراء لجبر الأضرار التي لحقتهم من جراء حوادث شغل أو أمراض مهنية [17] ولكن هذا لا يكون أيضا إلا بتوفر شروط الإثبات القانونية لعجز شركة المناولة عن الدفع من طرف الصندوق.

وغياب التضييق على اللجوء إلى مناولة اليد العاملة يبرز أيضا من خلال غياب قرينة لفائدة أجراء المناولة تتمثل في عدم حصولهم على أجورهم ومختلف مستحقاتهم في آجالها القانونية دون مطالبتهم بإثبات التوقف أو العجز عن الدفع..

و بعض النصوص القانونية الأخرى ذات الصلة بالمناولة مثل القانون عدد 81 لسنة 2002 المؤرخ في 3 أوت 2002 المتعلق بممارسة الأنشطة الخصوصية المتعلقة بالمراقبة والحراسة ونقل العملة الثمينة والحماية البدنية للأشخاص لم تحاول ولو بطريقة غير مباشرة التضييق في اللجوء إلى شركات المناولة المعنية بهذا القانون واقتصرت على وضع شروط لحماية النظام العام [18].

---

[15] كان من الأفضل لو أن الاتحاد العام التونسي للشغل قبل بمشروع التضييق على شركات المناولة بمناسبة مراجعة مجلة الشغل سنة 1996 لكنه رفض ذلك انطلاقا من موقف مبدئي يتمثل في اعتبار المناولة سمسرة باليد العاملة وبالتالي رفض الاعتراف بها، الرجوع لتقرير الاتحاد العام التونسي للشغل، الهيئة الإدارية سنة 1996

[16] حافظ العموري، إشكالية المناولة بين التقنين والتهميش،المجلة التونسية للقانون الاجتماعي عدد 9 لسنة 2004.

[17] الرجوع للفصل 5 من القانون عدد 28 لسنة 1994 مؤرخ في 21 فيفري 1994 متعلق بنظام التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية.

[18] الرجوع أيضا إلى القرار الوزاري المؤرخ في 11 جوان 2003.

ونفس المنحى نجده في الاتفاقية المشتركة القطاعية لأعوان مؤسسات الحراسة والسلامة ونقل العملة وهي الاتفاقية الوحيدة التي تنظم أحد أهم قطاعات مناولة اليد العاملة ألا وهو قطاع الحراسة ولكن هذا التنظيم اقتصر بالأساس على علاقة شركات المناولة بأجرائها من حيث التأجير بالخصوص وكرس المرونة المطلقة لهذه العلاقات التي تخضع لقاعدة العرض والطلب من طرف المؤسسات المستفيدة بحجة أن نشاط المناولة بطبيعته وقتي ليستجيب لطلبات متغيرة ومتقلبة تمكن الشركات المستفيدة من التأقلم السريع مع التقلبات الاقتصادية بينما الواقع يعكس خلاف ذلك بتشغيل أجراء مناولة في نفس الشركات المستفيدة لمدة تتجاوز الأربع سنوات.

ونفس التوجه الاقتصادي التحرري تؤكده النصوص المتعلقة بالصفقات العمومية من ذلك الأمر عدد 3158 لسنة 2002 مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 متعلق بتنظيم الصفقات العمومية كما تم تنقيحه حيث وإن منع مبدئيا مناولة إنجاز الصفقات إلا أن هذا التضييق لا علاقة له بمناولة اليد العاملة بل مقتصرا حسب سياق النص على مناولة الإنجاز عن طريق مقاول ثانوي.وبالرغم من أن هذا التضييق لا يمس من الحرية المطلقة التي تتمتع بها المؤسسة المنجزة للصفقة في اللجوء لإنجازها عن طريق أجراء مناولة فإن الأمر المذكور وضع استثناء له أصبح عمليا القاعدة يتمثل في حرية مناولة إنجاز الصفقة عن طريق مقاول ثانوي بعد الحصول على ترخيص من قبل المشتري العمومي وهو ما يعكس تذبذب فقه القضاء بشان النزاعات ذات الصلة بالمناولة.

3) تذبذب فقه القضاء انعكاس لغموض مجلة الشغل وتأرجحها بين المرونة والحماية

مما لا جدال فيه أن الفصول الثلاثة (28-29-30) التي أرادت بها مجلة الشغل تنظيم المناولة أصبحت قاصرة أمام تشعب العلاقات الشغلية التي لم تعد تخضع بالضرورة لمعياري التبعية القانونية والتبعية الاقتصادية في شكلها التقليدي على الأقل [19]

كما أن الفصل 6 رابعا في فقرته الثانية عمّق إطلاق حرية المناولة في الفصول الثلاثة المذكورة بسبب غموضها وافتقارها لدقة الصياغة وهو ما استندت إليه بعض الاتجاهات في فقه القضاء[20] التي صنفت مناولة اليد العاملة ضمن الأعمال الوقتية المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 6 رابعا المذكور دون رجوع محكم الأصل إلى طبيعة الأعمال والتي عادة ما تكون قارة حسب ما تؤكده الممارسة وبالتالي طبيعة التعاقد بين شركات المناولة و جل أجرائها لها طبيعة قانونية مؤقتة مهما طالت دون الالتفات إلى سقف الأربع سنوات.

وبعض الاتجاهات الفقه القضائية الأخرى حاولت إدخال بعض التضييقات الحمائية لفائدة أجراء المناولة الذين يعملون لمدة تتجاوز الأربع سنوات لفائدة مؤسسات مستفيدة متعددة سواء دون انقطاع أو بانقطاعات لا تبررها طبيعة العمل بتحويل الطبيعة القانونية لتعاقدهم من معينة المدة إلى غير معينة المدة قياسا على أجراء البناء والأشغال العامة الذين ينتقلون مع مؤجرهم من حضيرة إلى أخرى لمدة تتجاوز السقف المذكور [21].

ولكن بالرغم من الطبيعة الحمائية لهذه الاتجاهات إلا أنها لا ترتكز على سند قانوني صلب إضافة إلى انه لا يمكن بأي حال المقارنة بين مقاول البناء والأشغال العامة الذي ينجز العمل وشركة المناولة التي تقتصر على توفير اليد العاملة للشركة المستفيدة.

وحسب اتجاه فقه قضائي آخر قديم متجدد الاجتهاد فإن اختصاص أجير المناولة هو المعيار الأساسي لتكييف العلاقة الشغلية معينة أو غير معينة المدة ولكن دائما بعد تجاوز سقف الأربع سنوات عمل في صيغة المناولة [22].وتجدد هذا الاجتهاد وتوسعه محاولة منه منع او تضييق تضيق اللجوء إلى شركات المناولة في الأعمال المصنفة في الاتفاقيات المشتركة

---

[19] قرار تعقيبي مدني عدد 4156/2000 بتاريخ 2001/01/05
[20] قرار تعقيبي عدد 2002- 11618 بتاريخ 2002/10/04
[21] قرار تعقيبي عدد 1998- 5571 بتاريخ 1998/12/28
[22] قرار تعقيبي مدني عدد 60107 مؤرخ في 1992/02/22.

القطاعية أو اتفاقيات المؤسسات يفتقر كما هو الشأن للاتجاهات السالف ذكرها إلى سند ولو ضمني في مجلة الشغل أو في القانون التفاوضي وهو ما يشجع على انتشار العمل بالمناولة بفضل ما توفره من مرونة على كل المستويات[23] ففقه القضاء متمسك دون اجتهاد بالمؤجر القانوني والصوري المتمثل في شركة المناولة لإزاحة المؤجر الفعلي المتمثل في الشركة المستفيدة بالرغم من وجود تبعية قانونية مباشرة واقتصادية غير مباشرة بين أجراء المناولة والشركة المستفيدة[24].

وكان بإمكان فقه القضاء بالرغم من الإطار القانوني الغامض وغير المكتمل المتمثل في فصول ثلاثة لم تواكب التحولات الاقتصادية والاجتماعية منذ إصدارها بمجلة الشغل سنة 1996 الاجتهاد دون الوصول إلى إزاحة عقد المناولة الصوري بالعقد الفعلي وذلك بتمكين أجراء شركات المناولة من نفس الحقوق التي يتمتع بها أجراء الشركات المستفيدة دون أي تمييز استنادا إلى تأويل سائغ للفصل6 رابعا من مجلة الشغل الذي سوى بين الأجراء المتعاقدين لمدة معينة ونظرائهم لمدة غير معينة في الأجور والمنح.وما نصت عليه الاتفاقيات المشتركة القطاعية واتفاقيات المؤسسات من أن مجال تطبيقها يستثني الأجراء المتعاقدين لمدة معينة فيما يتعلق بالأجور والمنح يزاح آليا بأحكام الفصل 6 رابعا السالف الذكر.

كما يمكن الاجتهاد استنادا إلى مقصد الأطراف الاجتماعية في الاتفاقيات المشتركة المتمثل بالأساس في تنظيم وحماية القطاع المهني إن كانت قطاعية والمؤسسة إن كانت مؤسساتية باعتبارها تضمن المنافسة النزيهة وتزيح المنافسة بالأجور بوضع حدود دنيا لها وبالتالي فهذه الاتفاقيات من المفروض أن تنطبق على القطاعات المهنية وعلى المؤسسات دون تمييز بين عقود شغل العاملين بها معينة أو غير معينة المدة وبين الأطراف المبرمة للعقود سواء شركات مستفيدة أو شركات مناولة طالما أن مكان العمل واحد وطبيعة العمل واحدة. فالأساس يجب أن يكون مكان العمل وطبيعته وليس شكليات التعاقد للتطبيق العادل للاتفاقيات المشتركة خاصة القطاعية منها حماية للقطاع ككل مؤجرين وعاملين.

وأصبح من الضروري تطبيق الاتفاقيات الدولية المصادق عليها والتي لها علوية عملا بالدستور على مجلة الشغل والاتفاقيات المشتركة.وبالرجوع إلى هذه المعايير الدولية وتقارير لجنة الخبراء بالمنظمة الدولية للعمل سنتبين جليا أنها سوّت بين حقوق الأجراء بما في ذلك الأجور والمنح طالما انهم ينجزون أعمالا لها نفس القيمة[25] بصرف النظر عن كل الاعتبارات القانونية والاقتصادية والاجتماعية المخالفة بما يمكن فقه القضاء التونسي دون البحث عن أي أساس قانوني آخر من فرض تطبيق الاتفاقيات المشتركة والأنظمة الأساسية للمنشآت العمومية على أجراء شركات المناولة العاملين بالشركات المستفيدة بما سيقلص حتما اللجوء إلى المناولة التي تهدف من ورائها الشركات المستفيدة علاوة على مرونة التصرف في الموارد البشرية الضغط على كلفة الإنتاج بدفع الأجور القانونية الدنيا باعتبار أن قطاع المناولة باستثناء الحراسة لا يخضع إلى اتفاقيات مشتركة.

وبهذه المساواة يمكن لفقه القضاء التعديل من انخرام الموازنة بين حماية المؤسسة وحماية الأجراء والتوفيق بين المرونة في التصرف في الموارد البشرية مواكبة للتقلبات الاقتصادية وضمان حقوق أجراء المناولة والذي لن تتوفق إليه مجلة الشغل دون مراجعة الفصول المتعلقة بالمناولة

و دائما في إطار السعي المتواصل للتوفيق عند مراجعة مجلة الشغل سنتي 1994 و1996 بين التوجه الاقتصادي العالمي التحرري والذي انعكس على الاقتصاد التونسي مباشرة وبين المحافظة على التوجه الحمائي للأجراء الذي يميز قانون الشغل حاول المشرع التضييق من مبدأ الحرية التعاقدية للمؤجر.

---

[23] قرار تعقيبي مدني عدد 2000- 6162 مؤرخ في 2001/04/20

[24] قرار تعقيبي مدني عدد 2013-6679 مؤرخ في 2013/02/20.

[25] محمد كشو محاضرات حول المعايير الدولية للعمل لفائدة المكتب الدولي للعمل تونس افريل 2016

ثالثا: تقييد الحرية التعاقدية للمؤجر محافظة على الحماية الاجتماعية والاقتصادية للأجراء

1) تقييد حرية التعاقد لمدة معينة بأربع سنوات تحقيقا للاستقرار المهني والاجتماعي

حاولت مجلة الشغل الموازنة بين حرية ربط العقد بطبيعة العمل دون تسقيف صريح للمدة الزمنية التي قد يستغرقها العمل موضوع العقد بالرغم من أن المشرع يقصد الأعمال المؤقتة باستثناء الأعمال التي لا يمكن بحكم طبيعتها أو حسب العرف التعاقد بشأنها لمدة غير معينة وما تثيره من تأويلات متعارضة وبين تقييد هذه الحرية بسقف أربع سنوات إذا تعلق الأمر بأعمال خارجة عن القائمة الحصرية التي سلف ذكرها والتي تتميز مبدئيا بالدوام والاستقرار.

انتقل إذن المشرع من حرية تعاقدية تستجيب للمرونة المطلوبة حسب طبيعة العمل إلى حرية تعاقدية مقيدة استجابة لحاجة الأجير إلى استقرار مهني وبالتالي اجتماعي واقتصادي وهي معادلة صعبة بين حاجة المؤسسة إلى مرونة التشغيل وحاجة الأجير إلى ضمان الاستقرار المهني.

ومراجعة مجلة الشغل للمنظومة التعاقدية الشغلية التي كانت مقتصرة على التعاقد لمدة غير معينة وبالتالي مطلقة الحرية للطرفين المتعاقدين نظريا وللمؤجر واقعيا للتعاقد لمدة معينة دون قيد لم تكن يسيرة بسبب خاصة تمسك أصحاب العمل بهذه الحرية ومطالبة المركزية النقابية للعمال بتقييدها و في هذا الإطار اضيف الفصل 6 رابعا لمجلة الشغل انعكاسا لهذين الاتجاهين المتنافرين محاولا التوفيق بينهما بالمحافظة على هذه الحرية في مجال الأعمال المذكورة في فقرته الأولى استجابة لمطلب المؤجرين وتقييدها في فقرته الثانية استجابة لمطلب النقابات في الأعمال القارة[26].

كما أنه يمكن اعتبار هذه المراجعة مخاطرة مجهولة النتائج وإن كان المقصد الرئيسي من ورائها تحقيق المعادلة بين مرونة التشغيل والاستقرار في العمل بوضع حد للجوء المشط للتعاقد لمدة معينة بصرف النظر عن طبيعة العمل قار أو غير قار وذلك بتسقيف المدة القصوى للتعاقد في الأعمال القارة بأربع سنوات.فهذا التقييد الذي أدخله المشرع على مجلة الشغل قد يؤدي منطقيا إلى النتيجة المرجوة ألا وهي توفير الحماية الاجتماعية والاقتصادية للأجير بتمكينه من الاستقرار المهني بعد قضاء أربع سنوات من التعاقد لمدة معينة باعتبار أن المؤجر تمكن طيلة هذه المدة من تقييم مردوده وكل الجوانب الأخرى ذات الصلة بالعمل ولو لم يكن يستجيب إلى المواصفات المطلوبة لما أبقى عليه طيلة هذه المدة باعتبار أن التعاقد يتم عادة لمدة قصيرة أو متوسطة من ستة أشهر إلى سنة يجدد سواء ضمنا أو صراحة.هذا إضافة إلى اكتسابه خبرة وتكوينا وبالتالي من صالح المؤجر انتدابه بصفة قارة عوضا عن التعاقد مع أجير جديد تعوزه الخبرة وفي حاجة إلى تكوين إلا في بعض الأعمال التي لا تتطلب ذلك.

ولكن قد يؤدي أيضا هذا التقييد إلى نتيجة عكسية تماما وهي التقليص من فرص الاستقرار في العمل وبالتالي حرمان الأجير من نسبة من فرص الحماية الاجتماعية والاقتصادية التي كانت متاحة له قبل إضافة الفصل 6 رابعا إلى مجلة الشغل حيث يجد بعض المؤجرين أنفسهم مجبرين على إنهاء العلاقة الشغلية قبل أو عند بلوغ التعاقد وتجديداته الحد الأقصى المحدد بأربع سنوات تجنبا لترسيم الأجراء لعدة أسباب لعل أهمها التقلبات الاقتصادية وصعوبة وبطئ إجراءات التقليص من عدد الأجراء القارين عند التعرض إلى هذه الصعوبات [27] وكذلك تدني مردود الأجراء بعد ترسيمهم حسب هؤلاء المؤجرين.

وهذه النتيجة العكسية قد تؤدي إلى حرمان ما يسمى بالأجراء الوقتيين القارين من الاستقرار المهني المنشود من مراجعة مجلة الشغل و الذين كانوا يعملون في أعمال قارة لسنوات طويلة بعقود معينة المدة تجدد آليا فهذه المراجعة التي أتت لحماية الأجراء غير القارين قد تحرمهم من الحد الأدنى من الاستقرار الذي كانوا يتمتعون به دون ان تقيد حرية المؤجر الذي يواصل التعاقد لمدة معينة لإنجاز أعمال قارة مع أجراء جدد فهل فشلت مجلة الشغل في توفير الحماية الاجتماعية

---

[26] حافظ العموري مدخل لقانون الشغل اصدار سنة 2008

[27] انظر لاحقا

والاقتصادية للأجراء بل وإمكانية حرمانهم من القليل الذي كانوا يتمتعون به وفي تقييد حرية المؤجرين التعاقدية في الأعمال القارة.

لا يمكن لأي كان الحكم على مراجعة مجلة الشغل بشأن التعاقد لمدة معينة بالنجاح أو الفشل نظرا لغياب دراسة إحصائية ولو محدودة في الزمان والمكان يمكن أن نستشف منها النتائج التي نتبين من خلالها مثلا نسبة الانتداب القار من بين المتعاقدين لمدة معينة وخاصة من بين الذين بلغوا الأربع سنوات أو قبل ذلك بقليل ونسبة الذين أنهيت عقود عملهم محددة المدة قبل بلوغ الحد الأقصى المذكور لكي لا يتم ترسيمهم.

ولكن يمكن أن نلاحظ بعض السلوكات من خلال القضايا الشغلية المتعلقة بالتعاقد لمدة معينة والتي تؤشر إلى تمسك بعض المؤجرين بالحرية التعاقدية المطلقة التي كانوا يتمتعون بها قبل إضافة الفصل 6 رابعا السالف الذكر من ذلك النزاعات المتعلقة بكيفية احتساب الأربع سنوات[28] والتأويل القانوني لمصطلح العقد وتجديداته حيث يعمد البعض إلى القطع بين العقد والأخر لفترة معينة للدفع بانفصال العقود عن بعضها البعض وبالتالي عدم الجمع بين مددها لاحتساب الأربع سنوات أو إحالة الأجراء بعد انتهاء العقود بأجلها سواء قبل بلوغ السقف المذكور أو عند بلوغه للتعاقد مع شركات مناولة مع مواصلة عملهم في نفس الشركة وبنفس الحقوق والواجبات لمدة معينة ثم التعاقد معهم من جديد لمدة جديدة تصل إلى حد أربع سنوات أو كذلك تكوين شركة مناولة تابعة لمجمع الشركات لتكون الواجهة القانونية لمواصلة التعاقد لمدة معينة في أعمال قارة والإلتفاف على مراجعة مجلة الشغل المذكورة [29]

أما مصطلح العقد وتجديداته وإن يكتنفه بعض الغموض فهو سواء العقد الذي ينص صلب فصوله على إمكانية التجديد الضمني أو الصريح أو الذي لم ينص على ذلك ووقع تجديده بعد بلوغ أجله وهناك محاولات للدفع بعدم التنصيص على التجديد في العقد الأول أو التنصيص بعدم التجديد للقول بأن العقود المتتالية له لا تدخل في باب التجديدات بل هي مستقلة بذاتها ولا يمكن الجمع بين مددها مخالفة للصواب وتحمل هذا المصطلح ما ليس له به صلة صياغة ومقصدا.

ولكن نرى أنه بالرغم من أن مقصد المشرع بالعقد وتجديداته كل العقود المتعاقبة أو المنفصلة عن العقد الأول ضمنيا أو صراحة بصرف النظر عن المدة الفاصلة بين إبرام هذه العقود لا يمكن الجمع بين عقود تفصل بينها مدة تساوي أو تتجاوز السنة عملا بالفصلين 147 و148 من مجلة الشغل بسبب سقوط حق الأجراء في المطالبة باحتساب حق ضم الأقدمية المقضاة بمقتضاها إلى العقود اللاحقة كما لا يمكن الجمع بين عقود انتهت بالقطع التأديبي سواء بتعويض أو بدونه وكذلك بالاستقالة إن لم يقع إثبات أنها تمت تحت ضغط معنوي أو مادي كاشتراط الاستقالة مثلا لمواصلة التعاقد لمدة غير معينة بعد السقف المذكور أو غيرها من الأسباب الخارجة عن إرادة المؤجر.

وعلاوة على القضايا الشغلية التي يمكن اعتبارها مؤشرا لصعوبة قبول بعض المؤجرين بتقييد حريتهم التعاقدية مواكبة للتطور الاقتصادي والاجتماعي الذي يقتضي حدا من الاستقرار المهني حماية للسلم الاجتماعي نتبين أن الاتحاد العام التونسي للشغل أكد ما استنتجناه من خلال هذه القضايا وطالب بوضع حدا للثغرات القانونية التي شابت الفصل 6 رابعا والتي مكنت بعض أصحاب العمل من إفراغه من محتواه الحمائي وذلك خاصة بإنهاء عقود الشغل قبل تجاوزها الأربع سنوات وانتداب أجراء جدد لمدة معينة في نفس الأعمال القارة التي كان يشغلها العمال المنتهية عقودهم.

ونظرا لصعوبة إعادة مراجعة مجلة الشغل التي تتطلب إجراءات طويلة ومعقدة تم الاتفاق صلب الاتفاقيات المشتركة على بعض الحدود التي قد تقلص من ظاهرة الإلتفاف على مقصد المشرع في الفصل 6 رابعا المذكور والمتمثلة في إعطاء الأولوية في تجديد العقد للعامل الذي انتهى عقد شغله في أجله في موقع العمل الذي كان بشغله أو عند إحداث مواطن شغل جديدة بالمؤسسة في نفس الاختصاص المهني.

---

[28] يراجع محمد الهادي بن عبد الله مجلة الشغل معلق عليها باللغة الفرنسية إصدار سنة 2016

[29] أنظر لاحقا....

2) تقييد حرية التعاقد لمدة معينة بحق الأولوية :الاتفاقيات المشتركة في نجدة مجلة الشغل

هذه الأولوية التي وضعها القانون التفاوضي تسري طيلة ستة أشهر بداية من تاريخ انتهاء عقد الشغل ويمنع التعويض بعامل آخر طيلة هذه المدة وبالنسبة للعامل الذي قضى أربع سنوات في صورة استمرار موطن شغله أو إحداث موطن شغل جديد في نفس الاختصاص الذي كان ينتمي إليه فيتم انتدابه على أساس الاستخدام القار طبقا للفصل 6 رابعا.

نعتقد أن هذه الإضافات التي تهدف إلى سد ثغرات مراجعة مجلة الشغل ذات الصلة بالتعاقد لمدة معينة محكوم عليها بالفشل نظرا لكثرة الثغرات التي شابتها والتي تتجاوز بكثير تلك التي تعاب على الفصل 6 رابعا من مجلة الشغل وأيضا لصعوبة تطبيقها واقعيا.

ففيما يتعلق بالثغرات القانونية اشترط القانون التفاوضي كما سلف ذكره لتمتيع العامل بالأولوية في تجديد عقد شغله "انتهاء عقده في أجله "وبالتالي فيكفي إنهاء هذا العقد قبل أجله بقليل لأي سبب كان للخروج من مجال تطبيق الأولوية كما اشترط عدم تعويض الأجير طيلة مدة الأولوية سواء في موقع العمل الذي كان بشغله أو في موطن شغل جديد أحدث في نفس الاختصاص وهذا الشرط أيضا سهل الإلتفاف عليه بنقله العامل قبل انتهاء عقد شغله في أجله إلى موطن شغل آخر ولو زائد عن الحاجة أو موطن لا حاجة للمؤسسة في تعويضه ثم انتداب عامل جديد في موطن الشغل الذي كان يشغله العامل المنتهية علاقته الشغلية للاحتجاج بعدم التعويض في آخر موطن شغل كان يشغله قبل انتهاء العقد.

أما صعوبة تطبيق هذه التضييقات الجديدة عمليا فتتمثل بالخصوص في الاستحالة شبه الكلية مراقبة المؤجر طيلة مدة الأولية من طرف الأجير الذي غادر المؤسسة بانتهاء عقد شغله لمدى التزامه بشرط عدم تعويضه بعامل جديد علما وأن انتداب عامل جديد قبل انتهاء أو إنهاء عقد العامل المتمتع بالأولوية في نفس موطن الشغل الذي كان يشغله ولو زائد عن الحاجة ليحل محله بعد مغادرة المؤسسة أو انتداب هذا العامل الجديد في موطن شغل آخر ثم نقلته إلى موطن شغل العامل المعني لا يدخل في باب التعويض غير القانوني لأن حق الألوية ومنع التعويض يبدآن من تاريخ انتهاء العقد في أجله.

وتأسيسا على كثرة الثغرات القانونية لهذه الأحكام التعاقدية التي تم الاتفاق بشأنها في الاتفاقية الإطارية المشتركة ونقلتها كل الاتفاقيات المشتركة القطاعية والمؤسساتية وصعوبة لكي لا نذهب إلى استحالة تطبيقها واقعيا أبقي على الفصل 6 رابعا كما هو وعلى الحرية التعاقدية لمدة معينة في الأعمال القارة دون التضييق المنشود.

وعلى افتراض خرق حق الألوية فان القاضي سيجد صعوبة في ترتيب الجزاء عليه لافتقاده للأسس القانونية ذات الصلة [30] فعدم احترام حق الأولوية لا يمكن التعويض عنه بالقياس على القطع التعسفي للعلاقة الشغلية بحكم غياب عقد شغل سواء لمدة معينة أو غير معينة ثم قطعه بل يتعلق الامر بعقد شغل انتهى في الأجل المحدد له تولد عنه حق الأولوية.كما لا نعتقد أنه يجوز التعويض للأجير بغرامة تساوي أجر مدة الأولوية التي تم خرقها لأنها مجرد أجل يتمتع خلاله الأجير بهذا الحق وليست عقد شغل حرم منه .

ونرى أن الأساس القانوني الأكثر تماسكا الذي يمكن اعتماده هو الحرمان من عقد شغل غير معين المدة مفترض لو تم احترام حق الأولوية شرط أن يكون الأجير قد قضى أربع سنوات تعاقد لمدة معينة فيكون التعويض بالقياس على ذلك المستحق لأجير متعاقد لمدة غير معينة بأقدمية أربع سنوات تم طرده تعسفيا لعيب في الأصل أما في حالة عدم بلوغ السقف المذكور الذي يمكنه من الانتداب مباشرة على وجه الترسيم دون فترة تجربة فإنه يمكن القياس على آخر عقد معين المدة حرم من تجديده بسبب خرق حق الأولوية والقضاء له بالأجر المقابل لمدة هذا العقد وكأن الأمر يتعلق بقطع عقد معين المدة قبل أجل انتهائه غير أن هذه القاعدة لا يجب أن تطبق آليا بل تخضع لتقدير القاضي لتجنب التعاقد لمدة قصيرة مباشرة

[30] حسب علمنا لم يتعرض فقه القضاء لمثل هده القضايا.

قبل خرق حق الأولوية والاختلافات التي ستنجر عن هده الاجتهادات محبذة طالما أنها تهدف إلى تعديل التوازن بين المرونة والحماية كما هو الشأن بالنسبة لموضوع التجربة في العقد معين المدة

3) تقييد حرية التعاقد لمدة معينة بشرط منع التجربة

نستنتج من مجلة الشغل إرادة واضحة للمشرع في اتجاه منع إخضاع الأجير المنتدب لمدة معينة لفترة تجربة من خلال الفصول الواردة بها وخاصة :

- **الفصل 6 ثانيا من مجلة الشغل :**

كما سلف ذكره أضيف هذا الفصل عند مراجعة مجلة الشغل سنة 1996 لينص على مبدأ عام يتمثل في إبرام " عقد الشغل لمدة غير معينة أو لمدة معينة " وفي إمكانية أن:"... يتضمن... تحديدا لفترة زمنية لتنفيذه أو تعيينا للعمل الذي ينتهي العقد بإنجازه"[31]

و نستخلص من التحديد الزمني لتنفيذه أو من تعيين العمل الذي ينتهي بإنجازه أنه لا يمكن أن يتضمن فترة تجربة.فإبرام العقد معين المدة يتضمن إما مدة زمنية واضحة ودقيقة تنتهي مبدئيا بأجل ثابت يتعين احترامه من الطرفين أو مدة زمنية تقريبية ضمنية تنتهي بإنجاز العمل وهو ما يتنافى مع فلسفة التجربة المتمثلة في حرية الطرفين المطلقة في إنهاء العلاقة الشغلية خلالها أو بانتهائها دون أن يترتب عن هذا الإنتهاء جبر ضرر أو دفع منح مرتبطة به ولذلك ربطها المشرع في كل فصول مجلة الشغل بالعقد غير معين المدة لأنها تتناسق مع فلسفة هذا العقد القائمة على العلاقة الشغلية الدائمة من حيث المبدأ وبالتالي من حق كل طرف تجربة الطرف الآخر قبل الالتزام بالدوام المبدئي لهذه العلاقة وهو ما أكده الفصل 6 (ثالثا) من مجلة الشغل.

- **الفصل 6 ثالثا من مجلة الشغل :**

ربط المشرع في هذا الفصل[32] فترة التجربة بالعقد غير معين المدة حين نصّ على أن :" يخضع العملة المنتدبون بمقتضى عقود شغل لمدة غير معينة في ما يتعلق بفترة التجربةوالترسيم للأحكام القانونية أو التعاقدية المنطبقة عليهم "

وبالرجوع إلى هذا الفصل نتبين أنه لا يتعلق بفترة التجربة بل بعقود الشغل لمدة غير معينة باعتبارها علاقات شغلية من المفروض أن تكون دائمة ومستقرة وبالتالي فإن فترة التجربة التي تنص عليها تخضع للأحكام القانونية أو التعاقدية المنطبقة عليها [33].

كما أن ربط المشرع في هذا الفصل بين فترة التجربة والترسيم وذكره لمصطلح "الترسيم" بعد مصطلح "التجربة " مباشرة نستخلص منه أن التجربة تهدف مبدئيا إلى ترسيم الأجير الذي هو النتيجة المحتملة والمقصودة من إخضاعه لهذه الفترة وهو ما يجعل التجربة متناقضة تماما مع العقد معين المدة الذي بطبيعته عقد محدود الآثار في الزمان إذ هو نقيض للاستقرار والدوام على عكس العقد غير معين المدة وبالتالي لا مجال للتنصيص صلبه على تجربة باعتباره لا يفضي إلى الترسيم وهو ما أكـــــــده الفصل 6 (رابعا) من مجلة الشغل.

- **الفصل 6 رابعا من من مجلة الشغل:**

بالرغم من أن هذا الفصل لم يتعرض مباشرة لفترة التجربة إلا أنه نصّ في الفقرة الثانية منه على أن :".... كل انتداب للعامل المعني بعد انقضاء هذه المدة (أي مدة الأربع سنوات) يقع على أساس الاستخدام القار ودون الخضوع لفترة تجربة... "

---

[31] القانون عدد 62 لسنة 1996 المؤرخ في 15 جويلية 1996.

[32] هذا الفصل أيضا أضيف بمقتضى القانون عدد 62 لسنة 1996 المؤرخ في 15 جويلية

[33] Voir Jean – Michech BELORGEY « De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations – Essai de clarification des concepts et éléments de droits comparé « In droit Social n° 7/8 – 2002 p 683 et 11.

فالمشرع كما ذرك آنفا حددّ في هذه الفقرة سقفا بأربع سنوات للعمل بعقود لمدة محدودة في مواطن شغل قارة يرسم الأجير آليا إذا واصل العمل بعد هذه المدة القصوى وذلك حماية له من عدم الاستقرار لمدة طويلة وفي بعض الأحيان لا محدودة وهو الوضع الذي كان يعانيه قبل إضافة هذا الفصل.

وطبقا لإرادة المشرع المتمثلة في عدم تجاوز السقف المذكور بعقود معينة المدة في أعمال قارة فإنه لا يمكن تضمين هذه العقود فترات تجربة لأن في ذلك خرق لسقف الأربع سنوات الذي قد يتمطط ليصل إلى خمس سنوات بالنسبة للإطارات مثلا عملا بالفصل 10 (جديد) منالاتفاقية المشتركة الإطارية هذا إذا اقتصرنا على فترة التجربة في عقد وحيد والذي قد تليه عقود أخرى معينة المدة دون حصر ثم تجمع فترات هذه العقود لاحتساب الأربع سنوات استئناسا بمنشور وزير الشؤون الاجتماعية عدد 10 المؤرخ في 13 جويلية 1997 باعتبار أن التعاقد يتعلق بأعمال قارة [34].

والتمديد في سقف الأربع سنوات باللجوء إلى فترات تجربة دون أن تحسب كعمل فعلي أيدته ضمنيا بعض المحاكم من ذلك الحكم الاستئنافي المؤرخ في 14 مارس 2002[35] والذي ذكر في أحد حيثياته :" أن منحة الراحة السنوية ومنحة الإنتاج لا يستحقهما العامل إلا عن فترة العمل الفعلية " معتبرا أن فترة التجربة ليست بالعمل الفعلي وبالتالي نستنتج أنها لا تحتسب في أقدمية الأجير لتؤخذ في الاعتبار في سقف الأربع سنوات ولا نرى أن هذه المحكمة قد أصابت لأن المقصود بالعمل الفعلي العمل المنجز فعليا وفترة التجربة في التشريع التونسي خلافا لبعض التشاريع الأخرى غير مستقلة عن العقد غير معين المدة فهي الفترة الأولى من هذه العلاقة الشغلية وهو ما ينفي وجود عقد تجربة مستقل عن عقد الشغل غير معين المدة الذي يبدأ بالتجربة ولا يمكن تجزئته إلى فترة تجربة تنزع عنها طبيعة العمل الفعلي وبالتالي لا تحتسب في أقدمية الأجير لضبط سقف الأربع سنوات وباقي مستحقاته المذكورة وإلى فترة ما بعد التجربة التي لها صبغة العمل الفعلي.

وحتى لو فرضنا أن محكمة الدرجة الثانية السالفة الذكر ذهبت في حكمها المذكور في عدم احتساب الفترة الأولى فقط من التجربة كعمل فعلي استنادا إلى فشل الأجير في القيام بها مما يستوجب إخضاعه لفترة تجربة ثانية لا نرى أن اجتهادها يكون صائبا لأن الأجير أدى عملا فعليا استحق عليه أجرا خاصة وأن مجلة الشغل والاتفاقيات المشتركة لم تميز في باب التأجير بين الأجراء على أساس طبيعة العلاقة الشغلية تجريبية كانت أو غير تجريبية.[36]

فالفصل 6 رابعا حجر ضمنيا اللجوء إلى فترة التجربة في بداية العقود معينة المدة خلال الأربع سنوات من التعاقد المحدد المدة لإنجاز أعمال قارة وصراحة بعد انقضاء أربع سنوات.وسواء كانت التجربة سابقة أو لاحقة فالنتيجة واحدة متمثلة في التمديد في السقف الزمني المحدد مما يؤدي إلى خرق الفصل المعني والتعارض مع إرادة المشرع السالفة الذكر.

ومن التبسيط القول أن الفصل 6 رابعا لم يحجر التجربة إلا بعد انتهاء الأربع سنوات عمل بعقود معينة المدة لإجبار أصحاب العمل على استخدام الأجراء المعنين استخدما قارا دون إخضاعهم للتجربة نظرا لأن غاية المشرع واضحة وهي عدم التمديد في السقف المذكور بأية طريقة كانت خلال الأربع سنوات وبما أن فترة التجربة في بداية العقود لا تحتسب كعمل فعلي حسب الحكم المذكور آنفا فإنها لا تدخل في هذا السقف وبالتالي تستوي مع التجربة بعد انقضاء السقف المذكور والمحجرة صراحة في هذا الفصل فيستوي بذلك السابق واللاحق من التجربة باستواء النتيجة وبالرغم من ذلك فقد حاول القرار التعقيبي المؤيد لقضاء الاصل السالف الذكر البحث عن تبريرات بفصول أخرى كالفصل 18 من مجلة الشغل لتدعيم ما ذهب إليه من أنه لا شيء في القانون يمنع التجربة في العقود محددة المدة ولا نراه وفق في ذلك.

---

[34] Au sujet de l'application de la circulaire n° 13, voir Mansour HELLAL : « le régime juridique des contrats de travail àduré déterminée : Difficultés d'application » colloque , association des insp. de travail : 19-20 Juillet 2003.

[35] حكم استئنافي صادر عن محكمة قرمبالية عدد 22538 / 22460 مؤرخ في 14 مار س 2002.

[36]voir Jaques BAR THELEMY : « Droit de la durée du travail » la tendance à la contractualisation « In Droit Social n°1, 2003 p 25 et s.

- **الفصل 18 من مجلة الشغل:**

استندت بعض المحاكم[37] على هذا الفصل دون تحليل أو تعليق للبحث على أساس قانوني لإخضاع الأجير المعني لفترة تجربة والذي ينصّ على أنه :" تستنتج مدة الاختبار في كل عقد شغل من الاتفاقيات المشتركة أو الخاصة ومن العرف والقانون ". فهذا الفصل الذي أوردته مجلة الشغل في موقع لا علاقة له بموضوعه حيث من المفروض أن يرد بعد الفصل 6 ثالثا لأنه لا يتعلق بالتجربة في حد ذاتها بل بمدّتها لكن لا نرى أنه يمكن الاستناد على عبارة " في كل عقد" للقول أن المشرع لم يستثن المنتدبين بعقود لمدة معينة من الخضوع إلى فترة التجربة لأن المقصود بهذه العبارة العقود غير معينة المدة وعقود التدريب وعقود الممثلين التجاريين.... وليس العقد معين المدة لأنه غير خاضع للتجربة كما سلف ذكره من خلال إرادة المشرع بربطه في كل فصول مجلة الشغل التجربة بالعقود معينة المدة.

وقد نصّ هذا الفصل على قاعدة عامة تتمثل في استنتاج مدة التجربة من الاتفاقيات المشتركة أو الخاصة ومن العرف والقانون وبالتالي من غير الصواب تأويله بصفة منعزلة ومنفصلة عن الفصول التي سبقته كالفصل 6 ثالثا و6 رابعا والتي لحقته كالفصلين 22 و24 (جديدين) من مجلة الشغل الآتي ذكرهمـــــــا.

وكل تطبيق لهذا الفصل الذي لم يراجع منذ سنة 1966 تاريخ صدور مجلة الشغل بمعزل عن الفصول المذكورة ذات الصلة بالموضوع لتبرير إخضاع الأجير للتجربة في العقد معين المدة يكون مخالفا على الأقل لآخر إرادة للمشرع التي عبر عنها في القانون عدد 62 لسنة 1966 السالف الذكر في الفصول المذكورة والتي أتت متناسقة مع أخر إرادة عبرت عنها الأطراف الاجتماعية سنة 2002 عند مراجعتها للاتفاقيات المشتركة والمتمثلة خاصة في الفصل 10 (جديد) من الاتفاقية المشتركة الإطارية[38].

وإرادة المشرع بشأن عدم إخضاع الأجير إلى فترة تجربة في العقد معين المدة تتأكد أيضا من خلال الفصل 22 (جديد) من مجلة الشغل الذي نقح سنة 1996.

- **الفصل 22 (جديد) من مجلة الشغل :**

موضوع هذا الفصل لا يتعلق مباشرة بالتجربة غير أنه بالاستنتاج العكسي نستخلص بوضوح ربط فترة التجربة بالعقد غير معين المدة دون غيره من العقود حيث نصّ على أنه :" كل عامل مرتبط بعقد لمدة غير معينة وقع طرده بعد انقضاء فترة التجربة يستحق في ما عدا صورة الخطأ الفادح مكافأة لنهاية الخدمة.." قد ذكر المشرع التجربة في هذا الفصل بصفة عرضية لكنها معبرة عن إرادته المذكورة آنفا وذلك بربط مدة التجربة بالعقد غير معين المدة كما فعل في الفصل 6 ثالثا السالف الذكر من مجلة الشغل بينما لا نجد في هذه المجلة أي ربط أو علاقة في أي فصل بين العقد معين المدة وفترة التجربة وهو دليل إضافي على عدم جوازها وإلا لنص عليها بالفصل 24 (جديد) من مجلة الشغل المتعلق بالتعويض عن قطع العقد معين المدة.

- **الفصل 24 (جديد) من مجلة الشغل :**

نص هذا الفصل الذي أضيف إلى مجلة الشغل سنة 1966 على أن :" تقدرالغرامة المستحقة عن القطع التعسفي لعقد الشغل المبرم لمدة معينة من طرف المؤجر بمبلغ يساوي أجر ما تبقى من مدة العقد أو أجر ما تبقى لو وقع إتمام العمل " فكما يتضح من نصّ هذا الفصل أن المشرع لم يتعرض لفترة التجربة لا بصفة مباشرة أو غير مباشرة خلافا للفصل 22(جديد) السالف الذكر وبالتالي فلو أراد إخضاع الأجير المنتدب بعقد معين المدة للتجربة لنص على ذلك كما فعل بالفصل 22 (جديد) المذكور بالنسبة للعقد غير معين المدة على استحقاق التعويض بعد انقضاء فترة التجربة وهو إقرار صريح من المشرع بأن العقد معين مدة غير قابل للاتفاق صلبه على فترة تجربة[39]. وهذا الإقرار القطعي بعدم إمكانية إخضاع الأجراء

---

[37] قرار تعقيبي مدني عدد 2002-22433 بتاريخ 2003/01/20 معلق عليه من طرف حافظ العموري المجلة التونسية للقانون الاجتماعي عدد 10 لسنة 2004

[38] انظر لاحقا

[39] يراجع في موضوع التجربة في العقد معين المدة عصام لحمر إشكالات في نزاعات الشغل إصدارات سيفاد 2008

غير القارين لتجربة رتب عنه المشرع تعويضا مختلفا عن التعويض المخصص للأجراء القارين في حالة تعسف المؤجر في ممارسته لحق قطع العلاقة الشغلية[40].

فالعقد معين المدة يفترض التزام الطرفين باحترام مدة التعاقد سواء محدودة بأجل ثابت أو بإنجاز عمل ولا يمكن بالتالي الحديث عن طرد في هذا الصنف من التعاقد بل عن قطع العلاقة الشغلية الذي يمثل الاستثناء لمبدأ الالتزام بمواصلة هذه العلاقة وهو ما يفسر تاريخيا تفضيل العقد معين المدة عن العقد غير معين المدة من طرف الأجراء والنقابات العمالية لأنه يضمن مدة معينة من الشغل لا يمكن قطعها وإن تم ذلك دون موجب يتحصل الأجير على كامل أجره كما لو كان قد عمل كامل هذه المدة أو أنجز العمل المتفق عليه بينما كان يترتب عن الطرد أي قطع العلاقة غير معينة المدة احترام بعض الإجراءات وتعويض محدود[41].

ومن هذا المنطلق فإن التجربة في العقد معين المدة تتناقض مع أسسه القانونية والتاريخية والاقتصادية والاجتماعية باعتبارها فترة حرية تعاقدية تخول لكل طرف قطع العقد دون أي تعويض وواقعيا تكرس حرية صاحب العمل في قطع العلاقة الشغلية نظرا لحاجة الأجير عادة للعمل بحكم اختلال العرض والطلب في سوق الشغل.فلو كان العقد معين المدة قابلا للاتفاق صلبه على تجربة لاستحال تطبيق الفصل 24 (جديد) المذكور بشأن التعويض عن التعسف في قطعه نظرا لأنه نص على استحقاق الأجير كامل أجره عن المدة المتبقية لأجل العقد أو إنجاز العمل حتى ولو قطع في اليوم الأول من العمل شريطة أن يكون هذا القطع تعسفيا من جانب المؤجروللتذكير فإن جانب اخر من فقه القضاء اعتمد نفس هذا الفصل لتبرير عدم جواز إخضاع الأجير في العقد محدد المدة للتجربة [42].

وهذا النظام القانوني التغريمي في العقد معين المدة يؤكد أنه لا مجال لمقرانة هذا العقد بعقود أخرى كعقد التدريب الذي أخضعه المشرع إلى نظام قانوني خاص بالفصل 349 من مجلة الشغل بالرغم من انه تأكيد إضافي لإرادة المشرع السالفة الذكر حيث نص صراحة على أن " أثناء شهري التدريب الأولين المعتبرين كمدة تجربة يمكن لأحد الطرفين إبطال عقد التدريب، وفي هذه الصورة فإنه لا يستحق هذا ولا ذاك أية غرامة ما لم يقع الاتفاق على خلاف ذلك كتابيا وبصفة قطعية "

وكذلك الفصل 370 من مجلة الشغل المنطبق على الفلاحة بيّن بصفة جلية أن التجربة مرتبطة بالعقد غير معين المدة وكما هو الشأن بالنسبة للفصل الذي سبقه نذكر هذا الفصل في باب مزيد توضيح إرادة المشرع فبالرغم من ارتباط النشاط الفلاحي بالتقلبات المناخية وطبيعته غير المستقرة والموسمية فإن المشرع لم ينص على إمكانية إخضاع الأجير للتجربة في العقد معين المدة سواء بأجل ثابت أو بإنجاز أشغال معينة بل ربط هذه التجربة بالعقد غير معين المدة. حيث نص الفصل 370 المذكور على أن :" العامل القار هو الذي ينتدب لمدة غير معينة... يمكن أثناء مدة التجربة التي اقتضتها العادات والتي لا يمكن في كل حال من الأحوال أن تفوق ثلاثين يوما و في حالة فسخ عقدة الشغل من غير سابقية إعلام بعد انتهاء مدة التجربة فإن أجل سابقية الإعلام بالفسخ لا يمكن أن يقل عن 8 أيام كاملة ما لم يرتكب العامل غلطة فادحة ".

نلاحظ من خلال هذا الفصل أن المشرع تعرض لفترة التجربة بعد تعرضه مباشرة للعقد غير معين المدة وبالتالي فهذه التجربة ترجع على هذا العقد وهو ما قد لاحظناه في الفصول السابقة المذكورة والمتعلقة بالعمل في الأنشطة غير الفلاحية حيث كلما وردت عبارة التجربة إلا وكانت مقترنة بالعقد غير معين المدة.

وإرادة الموازنة بين المرونة والحماية تتأكد أيضا من خـــــلال الفصل 410من مجلة الشغل المتعلق بنشاط خصوصي وهو نشاط النواب المتجولين والوكلاء التجاريين والذي نص في فقرتيه الأخيرتين على أنه :" يرفع أجل التنبيه بالفسخ بالنسبة للوكلاء والنواب المتجولين... ويمكن اشتراط مدة تجريبية لا تتجاوز الثلاثة أشهر ".ففي هذا الفصل كذلك

---

[40]Voir Manuela GEREUY : « La sanction civile en droit du travail « In Droit Social n° 6 – 2002 P. 598 et s

[41]GILLES AUZER : « La validité des clauses de rupture anticipée dans les contrats de travail à durée déterminée « In Droit Social n° 1-2001 p 17 et s.s

1 قرار تعقيبي مدني عدد 2002- 22518 بتاريخ 01/27/ 2003 تعليق حافظ العموري المجلة التونسية للقانون الاجتماعي عدد 9 لسنة 2004.

ربط المشرع بين العقد غير معين المدة وبين التجربة بالتنصيص على أجل التنبيه بالفسخ في الفقرة قبل الأخيرة وعلى التجربة في الفقرة الأخيرة مما يفيد رجوع التجربة على العقد الذي يقتضي التنبيه بالفسخ وهو العقد غير معين المدة كما سلف ذكره.كما يدعم هذا الفصل ما ذهبنا إليه من أن التجربة ليست إجبارية بل إختيارية حيث يمكن الاتفاق على الترسيم مباشرة ولذلك استعمل المشرع في هذا الفصل عبارة " ويمكن.. ".

من خلال استعراض كل فصول مجلة الشغل التي تعرضت للتجربة سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة نتبين أن المشرع ربطها بالعقود غير معينة المدة واستثنى منها العقود معينة المدة مما ينمّ عن إرادة جلية لمنع التجربة في هذه العقود للتوفيق بين الحرية الواسعة للجوء إلى التعاقد لمدة معينة وحماية الأجراء من كل انحراف بهده الحرية وهذه الإرادة متناسقة تماما مع إرادة الأطراف الاجتماعية في القانون التفاوضي.فالاتفاقية المشتركة الإطارية في القطاع غير الفلاحي[43] باعتبارها الإطار العام للتفاوض على المستويات القطاعية وعلى مستوى المؤسسات دعمت مجلة الشغل بشأن التجربة سواء صراحة أو ضمنيا بالفصلين الثاني والعاشر (جديدين) كما نذكر ان الفصل 31 من مجلة الشغل نص على أن الاتفاقية المشتركة تفرض أحكامها إن كانت أنفع للأجراء.

- **الفصل الثاني من الاتفاقية المشتركة الإطارية :**

هذا الفصل نص على أن تطبيق هذه الاتفاقية يقتصر من حيث المبدأ على الأجراء القارين غير أنه وسعه ليشمل بصفة استثنائية الأجراء غير القارين في بعض المجالات فقط وهي :"... الحق النقابي وحرية الرأي والحماية أثناء القيام بعملهم وتسلم بطاقة خلاص الأجر وشهادة الشغل والأجر على الشغل بالليل والساعات الزائدة والراحة الأسبوعية وأيام العطل والرخص الخالصة والتراتيب التأديبية ".

نلاحظ أن هذا الفصل استثنى التجربة من مجال تطبيق الاتفاقية المشتركة الإطارية على غير القارين والمقصود بهم الذين انتدبوا بعقود معينة المدة بالرغم من أن هذه الاتفاقية هي المصدر الوحيد لتنظيم التجربة وتحديدها حسب التصنيف المهني للأجراء بالفصل 10 (جديد) منها[44]. أما الاتفاقيات القطاعية فقامت عموما بنقل هذا الفصل مع التقليص أحيانا في مدة التجربة.

هذا الاستثناء يعبر صراحة عن إرادة الأطراف الاجتماعية في عدم إخضاع الأجراء غير القارين للتجربة لذلك لا يمكن للاتفاقيات القطاعية المهنية ولاتفاقيات المؤسسات إضافة التجربة لقائمة المجالات المنطبقة على العقود معينة المدة لأن في ذلك خرق للنظام العام الاجتماعي ولمبدأ القاعدة القانونية الأنفع للأجراء[45] بحيث لا يمكن للاتفاقية الإطارية أن تكون أقل نفعا للأجراء من مجلة الشغل كما لا يمكن للاتفاقيات القطاعية أن تكون أقل نفعا للأجراء من الاتفاقية الإطارية ولا يمكن لاتفاقيات المؤسسات بدورها أن تكون أقل نفعا من الاتفاقيات القطاعية وهو ما أقره فقه القضاء[46].

وباعتبار أن التجربة هي فترة عدم استقرار مهني واجتماعي واقتصادي للأجير نظرا للحرية التي منحها المشرع لصاحب العمل بالفصل 22 (جديد) من مجلة الشغل والأطراف الاجتماعية بالفصل 10 (جديد) من الاتفاقية الإطارية لإنهاء العلاقة الشغلية متى أراد دون أي تعويض للأجير فإن إدراجها في الاتفاقيات المشتركة ضمن المجالات المنطبقة على الأجراء غير القارين يصبح أقل نفعا من الفصل الثاني السالف الذكر الذي استثناها.

كما لا يمكن للمؤجر وللأجير الاتفاق صلب العقد معين المدة على فترة التجربة لأن في ذلك خرق للفصل 31 من مجلة الشغل الذي ينصّ على أنه :" في كل مؤسسة داخلة في دائرة تطبيق اتفاقية تفرض أحكام تلك الاتفاقية على العلاقات المتولدة عن العقود الفردية أو الجماعية إلا إذا كانت شروط تلك العقود أكثر نفعا للعمال من شروط الاتفاقية ".

---

[43] استثنينا التعرض للفصول الاتفاقية الإطارية في القطاع الفلاحي نضرا لحداثتها باعتبارها أبرمت سنة 2015

[44] نص الفصل 10 (جديد) من الاتفاقية المشتركة الإطارية على ضبط فترة التجربة كالآتي :" بالنسبة لأعوان التنفيذ : ستة أشهر.. بالنسبة لأعوان التسيير : تسعة أشهر- بالنسبة للإطارات : سنة "

[45] Voir yves CHALARON : L'application de la disposition la plus favorable » Dalloz 1989- P 243 et s.s.

[46] قرار تعقيبي مدني عدد 20812 مؤرخ في 2 مارس 1992 نشرية محكمة التعقيب لسنة 1952 ص 148.

وتأسيسا على ما تم ذكره من أن عدم إخضاع الأجير للتجربة أنفع له من إخضاعه لها فإن الفصل الثاني من الاتفاقية المشتركة الإطارية لا يفرض أحكامه فقط على الاتفاقيات الأخرى الخاضعة لها المؤسسة كالاتفاقية القطاعية المهنية واتفاقية المؤسسة إن وجدت بل وكذلك على عقود الشغل الفردية التي لا يمكنها أن تتضمن اتفاقا على فترة تجربة وذلك دون حاجة إلى مراجعة هذه العقود لتغيير ما ورد بها أو حذف ما يتعارض مع الاتفاقية الإطارية لأن الأحكام المتضمنة للاتفاق على التجربة تبطل آليا عملا بما ورد في الفصل 31 من مجلة الشغل الذي يفرض أحكام الفصل الثاني من الاتفاقية الإطارية المستثني لعقود الشغل معينة المدة من التجربة على المؤجرين[47] والأجراء في علاقاتهم الجماعية والفردية.

هذا الفصل الثاني من الاتفاقية الإطارية المشتركة يؤكد بوضوح إرادة الأطراف الاجتماعية في عدم إخضاع الأجير في العقد محدد المدة للتجربة سواء من حيث مجال تطبيقه المهني أو الشخصي من خلال استثناءات تطبيقه على الأجراء غير القارين والتي لا تشمل التجربة أو من حيث المبدأ الذي ينص على مجال تطبيقه على :" العلاقات التي تربط المؤجرين بالعمال القارين..."

وسواء طبقنا الفصل الثاني من حيث المبدأ أو الاستثناءات فالنتيجة التي نستخلصها واحدة وهي عدم إخضاع الأجراء غير القارين للتجربة وبالتالي إخراجهم من مجال تطبيق الفصل 10 (جديد) من الاتفاقية المشتركة الإطارية المتعلق بالتجربة.

- **الفصل 10 (جديد) من الاتفاقية المشتركة الإطارية :**

نص الفصل 10 من الاتفاقية المشتركة الإطارية أن مدة التجربة تضبط بالنسبة لأعوان التنفيذ بستة أشهر وبالنسبة لأعوان التسيير تسعة أشهر وبالنسبة للإطارات سنة وخلال مدة التجربة يمكن للعامل أن يعطي إعلاما بإنهاء القيام بهذه المدة أو قبول الإعلام بذلك بمجرد تبليغ الإعلام "[48]

و منع إخضاع الأجير غير القار للتجربة يستنتج بوضوح من أحكام الفصل 10 (جديد) نفسه دون حاجة للاستناد للفصل الثاني المذكور وذلك بالرجوع إلى ما ورد في فقرتيه الأخيرتين من أنه :" إن أسفرت التجربة عن نتيجة غير إجابية فمن المتيسر وضع المترشح موضع تجربة ثانية وأخيرة لنفس المدة و إذا وقع انتداب الأجير مرة أخرى بعد فترتي التجربة المشار إليهما أعلاه لا يتم ذلك إلا على أساس الترسيم مباشرة "

نستنتج إذن بوضوح من هذا الفصل أن التجربة مرتبطة ارتباط وثيقا بالعقد غير معين المدة بحيث لا يمكن إخضاع الأجير إلى التجربة إلا بهدف انتدابه بصفة قارة أو تسريحه إن أسفرت عن نتيجة سلبية ولا يمكن حسب هذا الفصل بأي حال انتدابه بعد التجربة بعقد معين المدة وفي هذا تحجير صريح للتجربة في هذا العقد.

وهذا الفصل متطابق مع بديهيات المنطق إذ أن التجربة تهدف بالنسبة لصاحب العمل إلى تمكينه من تقييم مؤهلات الأجير المهنية بالأساس وفشله في هذه التجربة يعني مبدئيا أنه غير مؤهل للقيام بالعمل المزمع تكليفه به بصرف النظر عن نوع عقده محدد أو غير محدد المدة.فمن غير المنطقي أن يدعي صاحب العمل أن الأجير فشل في التجربة وبالتالي غير مؤهل للقيام بالعمل ثم يتعاقد معه بعقد معين المدة. ولكن هل يمكن الاعتماد على عبارة " فترتي التجربة " الواردة بالفصل المذكور للقول أنه لا يحجر التعاقد مع أجير لمدة معينة إلا بعد انقضاء فترتي تجربة أما إذا أخضع لفترة واحدة فيمكن ذلك باعتبار أن هذا الفصل نصّ على الترسيم بعد انتهاء فترتي التجربة وليس بعد انقضاء فترة وحيدة ؟.

---

[47]Voir Geroges BORENFREUND et Marie – Armelles SOURIAC : « Les rapports de la loi et convention collective : une mise en perspective » In Droit Social n°1 2003 P 72.

[48] قرار تعقيبي مدني عدد 2002- 22518 بتاريخ 01/27/ 2003 تعليق حافظ العموري بنت المحكمة نفس هذه الدائرة قرارها بعدم إخضاع الأجير للتجربة في العقد محدد المدة على نفس الفصل 10 المذكوربقولها" إلا أنذلك (أي إخضاع الأجير للتجربة) يتعلق بالعامل المنتدب لمدة غير معينة باعتبار أن الفصل الثاني من الاتفاقية المذكورة ينص صراحة على أنها تطبق على العلاقات التي تربط المؤجرين بالعمال القارين مضيفا أن العمال القارين هم اللذين يقع استخدامهم لمدة غير معينة " المجلة التونسية للقانون الاجتماعي عدد 9 لسنة 2004.

نرى أن مثل هذا التفسير للفصل المذكور يتسم بالسطحية لأن المقصود بفترة التجربة الثانية تمكين الأجير من فرصة ثانية لإبراز مؤهلاته المهنية التي قد لا يتمكن من إثباتها في الفترة الأولى ولذلك نصّ هذا الفصل على تجديد التجربة كاستثناء للقاعدة المتمثلة في انتداب الأجير بعقد غير معين المدة بعد انقضاء الفترة الأولى من التجربة وبالتالي من التبسيط التشبث بحرفية النص وتجاهل إرادة الأطراف الاجتماعية من خلال التنصيص على إسعاف الأجير بتجربة ثانية فالعبرة بباطن النص وليس بظاهره بالرغم من أننا نرى أنه لا وجود في الفصل المذكور لتباين بين الظاهر والباطن إذا وضعنا عبارة " فترتي التجربة " في سياق النص ككل وربطناها بأصل التجربة وفلسفتها والمقصود بها لغويا وفقهيا وقانونيا.

نتبين إذن أن القانون التفاوضي وبالتحديد الاتفاقية المشتركة الإطارية دعمت توجه المشرع وأكدت على منع التجربة في العقود معينة المدة وأتت بذلك متناسقة مع مجلة الشغل التي حاولت توفير حماية للأجراء عند إنهاء تعاقدهم ولكن دون تحميل المؤسسة ما من شانه أن يعيق قدرتها التنافسية بأعباء مالية مشطه بمناسبة إنهاء العلاقة الشغلية و لوتعسسفيا.

II) مدى مواكبة مجلة الشغل للتطور الاقتصادي والاجتماعي من خلال إنهاء العلاقات الشغلية

أولا: تضييق السلطة التقديرية للقاضي في جبر الضرر المترتب عن الطرد التعسفي تخفيفا من الأعباء المالية للمؤسسة

1)إخضاع اجتهاد القاضي في تقديرغرم الضرر لحدود دنيا وقصوى

قبل مراجعة مجلة الشغل بمقتضى القانون عدد 29 سنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 كانت السلطة التقديرية للقاضي في تقدير غرامة الطرد التعسفي [49] مطلقة بشرط تعليلها على أساس بعض المعايير الموضوعية التي وردت بالفصل 23 من مجلة الشغل قبل تنقيحه بالقانون المذكور والمتمثلة بالأساس في تعيين وجود ومدى الضرر الحاصل من جراء الفسخ التعسفي :"بناء على العرف وعلى صفة وأقدمية الخدمات وعلى ظروف الأمر الواقع"[50]

وهذه السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي ليست خاصة بغرم الضرر الناجم عن الطرد التعسفي بل تشمل سائر مجالات غرم الضرر في القوانين الأخرى ولا سلطة لمحكمة التعقيب على الاجتهاد التقديري لقاضي الأصل طالما كان معللا تعليلا سائغا. [51] ولكن يبدو أن بعض المؤسسات الاقتصادية وخاصة محدودة الموارد المالية تضررت بفعل القضاء ضدها بغرامات لا قدرة لها عليها جراء قرارات طرد وصفتها المحاكم بالتعسفية لعيب في الأصل حتى أن منظمة الأعراف كانت تنتقد جزءا من القضاء الشغلي بسبب الحماية المفرطة للعمال وهو اتهام مبطن بالانحياز للطرف العمالي.وهذا الموقف من القضاء الشغلي ليس خاصا بتونس فقد سبق لبعض منظمات الأعراف في فرنسا بوصف بعض القضاة الشغليين بالقضاة الشيوعيين لإفراطهم في حماية العمال علما وأن القضاء الشغلي الفرنسي يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في تحديد غرم الضرر المترتب عن الطرد التعسفي شريطة تعليل ذلك بأسس موضوعية وسائغة كما هو الشأن في تونس قبل تنقيح مجلة الشغل سنة 1994.

وحفاظا على النسيج الاقتصادي التونسي المتكون سنة 1994 تاريخ مراجعة مجلة الشغل والمتكون من حوالي 95 % من المؤسسات الاقتصادية في القطاع الخاص التي تشغل أقل من عشرة أجراء حاول المشرع إيجاد صيغة لتضييق من السلطة التقديرية للقاضي في تقييم غرم الضر الذي قد يؤدي ببعض هذه المؤسسات إلى الإفلاس إذا كان مشطا خاصة إذا تعلقت الأحكام بعدة أجراء مطرودين تعسفيا من نفس المؤسسة.

---

[49] يتعين التمييز بين مصطلح الطرد الذي يطلق على إنهاء عقد الشغل معين المدة و بين مصطلح القطع الذي يطلق على إنهاء العقد معين المدة قبل أجله أو انتهاء العمل المتفق على إنجازه

[50] يراجع محمد الهادي بن عبد في كتاب مجلة الشغل معلق عليها ، إصدارات دار إسهامات في أدبيات المؤسسة".

[51] يراجع في هدا الموضوع عصام لحمر الدعوى الشغلية من خلال مجلة الشغل وفقه القضاء إصدارات مركز الدراسات القانونية والقضائية سنة 2008

و التضييق أراده المشرع أيضا توفيقيا بين الحفاظ على السلطة التقديرية للقاضي والتي لا يمكن نزعها عنه كليا حيث أنها من أسس اجتهاد قضاة الأصل في تحديد الغرم في كل الأنظمة القضائية[52] تقريبا وبين الحفاظ على النسيج الاقتصادي الهش الذي لا يتحمل تغريما بتجاوز قدراته.[53]

كما أن سلب القاضي الشغلي كامل سلطته التقديرية يجعل منه مجرد محاسب يطبق قواعد حسابية مضبوطة مسبقا كما هو الشأن بالنسبة لمنحة الإعلام بالطرد ومكافأة نهاية الخدمة وبجعل من غرامة الطرد التعسفي مجرد منحة تحتسب بدقة تطبيقا لهذه القواعد دون تمييز بينها وبين التعويضين المذكورين وتفقد بذلك الطبيعة القانونية التغريمية التي تقتضي الاجتهاد في تقديرها وتعديلها من طرف القاضي.

وتكريسا للمنحى التعديلي بين حماية المؤسسة وحماية الأجراء أضاف المشرع إلى مجلة الشغل الفصل 23 مكرر الذي نستنتج منه تضييقا مضاعفا لاجتهاد القاضي في تقدير غرم الضرر حيث نص على أن مقدار غرامة الطرد التعسفي لعيب في الأصل يتراوح بين أجر شهر وأجر شهرين عن كل سنة أقدمية على أن لا تتجاوز هذه الغرامة في جميع الحالات أجر ثلاث سنوات. أما غرامة الطرد التعسفي لعيب في الإجراءات فقدرها الفصل المذكور بين أجر شهر وأجر أربعة أشهر.

وهذا التضييق المضاعف يتجلى من خلال وضع سقف لاجتهاد القاضي محددا بأجر شهرين عن كل سنة أقدمية وسقف ثان بأجر ثلاث سنوات مهما كانت مدة الأقدمية أما بشأن الغرامة المترتبة عن عدم احترام الإجراءات فسقف الاجتهاد محدد بأجر أربعة أشهر. ووصفنا تدخل المشرع المذكور بالتضييق وليس بنزع السلطة التقديرية لأنه أبقى على هذه السلطة ولكن وضع لها حدا أدنى وحدا أقصى كما نص على معايير اجتهاد أكثر بكثير مما كانت عليه بالفصل 23 قديم بالرغم من أن هذا الاجتهاد كان مطلقا بمعنى لا يخضع لتسقيف.

وبصرف النظر عن هذا التضييق من السلطة التقديرية للقاضي والغير محبذ في جل الأنظمة القضائية في العالم فإننا نرى أن مراجعة مجلة الشغل للتخفيف من الأعباء المالية التي تتحملها المؤسسة بسبب تغريمها بمبالغ مشطة نتيجة تعسفها في استعمال حق الطرد لم تنبن على أسس موضوعية ودقيقة وهو مانستنتجه وثيقة شرح الأسباب باعتبار أن هذا التسقيف لم يعتمد على إحصاءات ولو محدودة في الزمان والمكان تؤكد أن الغرامات المقضى بها قبل المراجعة كانت تتجاوزه نظرا لغياب كلي لمثل هذه الإحصاءات في تونس سواء لدى وزارة العدل أو منظمة الأعراف.وكما قد يكون الحد الأدنى الذي ينطلق منه القاضي لتقدير الغرم أرفع مما كان يقضي به حيث كان يتمتع بحرية الاجتهاد التي لا تقتصر على تقدير الغرم الأقصى بل وكذلك الأدنى سواء كان التعسف في الأصل أو في الشكل نظرا لانتفاء التمييز بين الغرامتين قبل المراجعة وكان للقاضي حرية تقدير الغرامة بناء على عدة معايير من ضمنها مدى احترام الإجراءات.وبالتالي فان ضبط حدا أدنى هو أيضا تضييق إضافي لاجتهاد القاضي حتى وإن كان مقصد المشرع من ورائه حماية الأجير بضمان غرامة دنيا له.

وخلافا لمقاييس تحديد غرم ضرر الطرد في حده الأدنى والأقصى التي لا نجد لها أسسا واقعية أو قانونية فإن غرم ضرر قطع عقد الشغل معين المدة المحدد بأجر ما تبقى من مدة العقد أو من المدة المفترضة لإنجاز العمل له سندا في الواقع والقانون فمن المفروض أن يضمن العقد معين المدة أجرا مساويا لهذه المدة ولذلك كان العقد معين المدة تاريخيا أكثر حمائية للأجير لأنه يضمن العمل وبالتالي الأجر لمدة ثابتة كما سلف ذكره.وتأسيسا على هذا الإلتزام القانوني من طرف المؤجر الذي قد يكون شجع الأجير على الالتزام ماليا واجتماعيا فإن كل قطع تعسفي لهذا العقد لا يجب أن يمس من هذه الإلتزامات ولذلك أبقى المشرع على هذا التعويض دون مراجعة خاصة وأنه سائد في عديد قوانين الشغل المقارنة كما هو الشان بالنسبة لبعض التعويضات الاخرى.

---

[52] يراجع في هدا المجال النوري مزيد القاضي وقانون الشغل اصدارات رؤوف يعيش سنة 2002

[53] يراجع ايضا عبد الستار المولهي القضاء والحق في الشغل المجلة التونسية للقانون الاجتماعي عدد 8 سنة 2001

2) إخضاع التعويضات الأخرى للحد الأدنى المضبوط في مجلة الشغل وإمكانية الاتفاق على الترفيع فيها

لا يقتصر التعويض عن الطرد التعسفي على غرامة الطرد التعسفي سالفة الذكر بل يتعداها إلى تعويضين إضافيين يتمثلان في منحة الإعلام بالطرد تساوي أجر مدة الإعلام إذا لم يتمتع الأجير المتعاقد لمدة غير معينة بهذا الإعلام الذي ضبطته مجلة الشغل بالفصل 14 في حده الأدنى بشهر دون أن تستثني من ارتكب خطأ فادحا يبرر هذا الطرد ولو أرادت هذا الاستثناء لنصت عليه صراحة كما فعلت بالنسبة لمكافأة نهاية الخدمة بالرغم من أن هناك غياب تجانس بين ارتكاب خطأ فادح يبرر الطرد ومنح من ارتكبه. إعلاما بالطرد لا يقل عن الشهر يعمل مبدئيا خلال نصفه الأول أو يتمتع بمنحة تعويضا عن هذا الإعلام.

وكجل الحقوق الدنيا المترتبة عن العلاقة الشغلية الخاضعة للتفاوض لتحسينها يمكن الاتفاق على إعلام بالطرد يتجاوز الحد الأدنى المذكور سواء بصفة فردية بين الأجير والمؤجر صلب عقد الشغل أو في الاتفاقيات المشتركة وهو ما يفسر الترفيع في مدة الإعلام في بعض القطاعات المهنية وخاصة للإطارات استجابة لقاعدة العرض والطلب في سوق الشغل التي تختلف من قطاع مهني إلى آخر وحسب الأصناف المهنية.

وفيما يتعلق بمكافأة نهاية الخدمة فقد حددتها مجلة الشغل أيضا في مستواها الأدنى بالفصل 22 كما تم تنقيحه بمناسبة مراجعة مجلة الشغل سنة 1994 بأجر يوم عن كل شهر عمل فعلي في نفس المؤسسة بسقف ثلاثة اشهر بشرط أن يكون الأجير متعاقدا لمدة غير معينة (مترسم) وبعد انقضاء فترة التجربة ولم يرتكب خطأ فادحا يبرر الطرد ولا يمكن فهم شرط انقضاء مدة التجربة على أن فترة التجربة إلزامية وآلية في العقود غير معينة المدة بل يمكن الاتفاق على الانتداب المباشر دون تربص.

ويبدو أن مبلغ هذه المكافأة ضعيف جدا تناسقا مع إرادة المشرع في عدم إثقال كاهل المؤسسة الاقتصادية بأعباء مالية تحد من قدراتها التنافسية ولذلك فقد حاول تدارك هذا الإجحاف في حماية المؤسسة بما يقلص من حماية الأجير بالتنصيص صراحة على إمكانية الاتفاق على مكافأة أرفع من الحد الأدنى المذكور.وبالرغم من انه على المستوى القانوني لا قيمة لهذا التنصيص الصريح على إمكانية التحسين في هذه المكافأة باعتبار أن النظام العام الاجتماعي يجيز ذلك طالما لم يتعلق الاتفاق على ما يخالف قاعدة آمرة

وكل الحدود الدنيا تقريبا الواردة في مجلة الشغل بشأن الحقوق الشغلية للأجراء لم ترد بنصوص آمرة ولا تدخل في باب النظام العام المطلق وهو ما يسمح بتحسينها باتفاقات فردية أو جماعية كما سلف ذكره حسب موازين القوى والوضعية الاقتصادية للقطاعات المهنية والمؤسسات وكأحسن مثال عن ذلك الاتفاقية المشتركة القطاعية للبنوك والمؤسسات المالية التي رفعت في مراجعتها الأخيرة في سقف مكافأة نهاية الخدمة إلى أجر 27 شهرا.

نتبين إذن أن مجلة الشغل حاولت التوفيق بين مراعاة القدرة التنافسية المحدودة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بالخصوص والتي تكون عادة ضعيفة الإمكانيات المالية وقد تنتمي إلى قطاعات مهنية تقليدية يعوزها رأس المال للاستثمار في التكنولوجيا ولذلك فإن مكافأة نهاية الخدمة المنصوص عليها في الاتفاقيات المشترك القطاعية المنضوية تحتها تساوي أو تتجاوز بقليل الحد الأدنى المذكور في مجلة الشغل وبحكم آلية التفاوض وما يترتب عنه من تحسين المنح فإن هذه المكافأة استقرت في أغلب الاتفاقيات في حدود أجر ستة أشهر.

وهذا الحد الأدنى المجمد في مجلة الشغل منذ أمد طويل بسبب قلة مناسبات مراجعتها قد عمق التباعد بين ما يتمتع به أجراء القطاعات المهنية ذات القدرات التنافسية العالية المنظمة باتفاقيات مشتركة وبين تلك التي إمكانياتها المالية محدودة وكذلك تلك التي مازالت خارج القانون التفاوضي القطاعي أو المؤسساتي بالرغم من أن الأغلبية الساحقة من أجراء القطاع الخاص المنظم ينتمون إلى قطاعات مهنية منظمة باتفاقيات مشتركة قطاعية أو مؤسساتية حسب وزارة الشؤون الاجتماعية، أما الاتفاقيتين الإطاريتين في القطاعين غير الفلاحي (1973) والفلاحي (2015) والمنطبقتين دون تمييز على

كل أجراء القطاعين المذكورين كل في مجال تطبيقه اكتفتا بإرجاع المعنيين بمجال تطبيقهما إلى التشريع الجاري به العمل في حالة غياب أفضل من الحد الأدنى المنصوص عليه في مجلة الشغل.

وللإشارة فإن الأجراء غير المشمولين باتفاقيات مشتركة قطاعية أو مؤسساتية لا ينتمون كلهم إلى قطاعات مهنية ضعيفة الإمكانيات المالية غير القادرة على تحمل دفع أرفع من الحد الأدنى المذكور.حيث نلاحظ أن ثورة قطاع المعلومات والاتصال خلقت اقتصادا رقميا جديدا ونسيجا مؤسساتيا في تطور سريع يتميز بقدرة تنافسية صلبة وقيمة مضافة عالية وبالتالي فهو قادر على تحمل أضعاف هذا الحد الأدنى ولكنه مازال خارج المنظومة التعاقدية الجماعية وأصبح من الضروري تنظيم هذه القطاعات الجديدة باتفاقيات قطاعية مشتركة تعكس قدرتها التنافسية العالية وموقعها الاقتصادي المريح داخليا وخارجيا.

ولا يمكن الاحتجاج بالحرية التعاقدية الفردية صلب عقود الشغل للقول بأنه يمكن الاتفاق على مكافأة نهاية خدمة أرفع من الحد الأدنى نظرا لما سبق ذكره من نسبة البطالة العالية في كل الاختصاصات وخاصة لأصحاب الشهائد العليا في كل المجالات[54] بما نزع عن هذه العقود طبيعتها التعاقدية الحرة وأكساها واقعيا طبيعة الانخراط بل الخضوع والإذعان وبالتالي الرضاء المفروض بالحد الأدنى لهذه التعويضات التي تعتمد أيضا كأساس للتعويض عن الطرد لأسباب اقتصادية بالرغم من أن فقه القضاء منع لجنة مراقبة الطرد من الاجتهاد في تقديرها.

3) نزع السلطة التقديرية للجنة مراقبة الطرد في تحديد مكافاة نهاية الخدمة من طرف فقه القضاء

لتحديد دور لجنة مراقبة الطرد في هذا المجال وتمييزه عن دور القضاء يتعين تقييمه كاملا دون تجزئة فهو يتمثل بالأساس في اقتراح مبلغ مكافأة نهاية الخدمة ضمن منظومة كاملة للطرد لأسباب اقتصادية سبق التعرض لهل حيث تحاول هذه اللجنة التوفيق بين الطرفين بشأن مبلغ مكافأة نهاية الخدمة.[55]ومن خلال الفصل21 – 10 من مجلة الشغل نتبين أن هذه اللجنة لا تتدخل في مسالة تحديد مكافأة نهاية الخدمة إلا إذا قبل الطرفان اقتراحها الأول المنصوص عليه بالفصل 21-9 من نفس المجلة والمتمثل في " قبول الطرد".[56]

ومن الصعب فهم النص القانوني وتأويله بمعزل عن محيطه الاقتصادي والاجتماعي باعتبار أن الأمر يتعلق الأمر بقانون الشغل الذي وإن يوصف بالقانون الاجتماعي منذ نشأته إلا أنه لم يقدر في جل بلدان العالم على مقاومة الهيمنة الاقتصادية على توجهاته وذلك بحكم الأزمات والتقلبات الاقتصادية التي أصبحت تؤثر بشكل مباشر على كل الاقتصادات الوطنية بفعل عولمة الاقتصاد وبالتالي على تشريعها الاقتصادي والاجتماعي.

وفي هذا الإطار الاقتصادي والاجتماعي تندرج باقي الأحكام المتعلقة بالطرد لأسباب اقتصادية أو فنية. فعندما نصّ الفصل 21- 10 من مجلة الشغل أنه " في صورة قبول طلب الطرد تبدي اللجنة رأيها في مكافأة نهاية الخدمة المنصوص عليها بالتشريع الجاري به العمل وتسعى للتوفيق بين الطرفين المعنيين حول مبلغ المكافأة "[57] فإنه يقصد بالأساس الأخذ في الاعتبار حالة المؤسسة اقتصاديا لتقدير مدى قدرتها على تحمل الأعباء المالية التي ستنجر عن دفع هذه المكافأة.

ونلاحظ تناسقا بين هذا الفصل والفصول التي سبقته في مجلة الشغل بهذا الشأن فبما أن المشرع أوكل للجنة مراقبة الطرد النظر في طلب المؤجر التخفيض من عدد الأجراء بناء على كل الوثائق والإثباتات التي تراها ضرورية عملا بالخصوص بالفصل 21 – 7 من نفس المجلة للوقوف على مدى حقيقة وجدية طلبه فإنه أوكل لها الاجتهاد في تحديد هذا المبلغ ومحاولة التوصل إلى الاتفاق عليه بين الطرفين المعنيين به.

---

[54]نسبة بطالة أصحاب الشهائد العليا للثلاثي الأول من سنة 2016 بلغت 32%

[55] القرار التعقيبي المدني عدد 21450 بتاريخ 2003/02/03.

[56] انظر في هذا الاتجاه القرار التعقيبي المدني عدد 3654 بتاريخ 2004/10/30.

[57] انظر في هذا الاتجاه القرار التعقيبي المدني عدد 7753 بتاريخ 2005/02/14.

وهذا الاجتهاد ليس مقيدا وجوبا حسب رأينا بالمبلغ المنصوص عليه بالتشريع الجاري به العمل والمقصود كما سنبين لاحقا الفصل 22 (جديد) من مجلة الشغل وكل شرّط أحسن جاءت به الاتفاقيات المشتركة أو الخاصة بل نراه مطلقا من حيث معاييره ونقطتي انطلاقه ووصوله لأن المشرع حدد فقط معايير احتساب هذه المكافأة وليس معايير اجتهاد اللجنة وبالتالي فانه ليس فقط لم يقيد دورها التوفيقي بمبلغ أقصى بل وكذلك لم يقيده بمبلغ أدنى خلافا لما ذهب إليه الإدعاء العام في ملحوظاته على قرار صادر عن الدوائر المجتمعة بقوله :" إن صلاحيات تقديرالمنحة (أي مكافأة نهاية الخدمة) بالنسبة للجهازين القضائي وغير القضائي (أي لجنة مراقبة الطرد) محدودة بهذا السقف أي أنها يمكنها القضاء فيما دون هذا السقف ولكنها لا يمكنها تجاوزه وهو ما يؤخذ من صيغة الوجوب الوارد بالفصل 22 من مجلة الشغل بفقرته الأخيرة " ولا يمكن أن تفوق هذه المكافأة "ومن عبارة الفصل 21-10 من نفس المجلة التي أجازت للجهاز غير القضائي" محاولة التوفيق بين الطرفين والتي لزوما أن تكون فيما هو جائز قانونا "[58].

فالقول أنه يمكن تقدير مبلغ أدنى من ذلك المنصوص عليه بالفصل 22 (جديد) ولا يمكن تجاوز السقف المحدد بنفس هذا الفصل لا نراه يستقيم بالنسبة للجنة مراقبة الطرد فالفصل 21-10 لم يقيد اجتهادها لأن ذلك يتعارض مع دورها التوفيقي الذي يقتضي حرية مطلقة في التقدير ولا يتناسق مع الأسس التي ينبني عليها دورها والأهداف التي يرمي إليها المشرع من خلال هذا الدور [59] فهذا الفصل وإن لم يقيد تدخل اللجنة بمبلغ أدنى أو أقصى فقد قيده بطبيعة استشارية بحتة ولا يمكن تفسير هذه الحرية للجنة مراقبة الطرد في تقدير مكافأة نهاية الخدمة إلا بهذه الطبيعة التوفيقية الاستشارية لدورها.

وعلى هذا الأساس فالمبلغ المنصوص عليه بالتشريع الجاري به لا يمكن فهمه على أنه حد أدنى أو أقصى لهذه المكافأة يتعين على اللجنة التقيد به بل هو مجرد مرجع لها وللطرفين المعنيين وإلا فإن دور اللجنة التوفيقي في هذا المجال يفرغ من كل محتواه.فهذا المبلغ المرجعي هو مجرد سند توجيهي هام سواء بالنسبة للّجنة أو للطرفين المعنيين لأن المعيار المحدد قد يتمثل في الوضع الاقتصادي للمؤسسة وفي مدى تأثير الأسباب الاقتصادية والفنية المثارة من طرف المؤجر على وضعيتها التنافسية.[60]

ويمكن للجنة مراقبة الطرد أن تضيف إلى هذا المعيار الموضوعي معايير شخصية ذاتية تتعلق بوضعية الأجراء المعنيين بالطرد وبحالتهم العائلية وأقدميتهم في المؤسسة وغير ذلك من الاعتبارات التي يمكن الاتفاق عليها صلب اللجنة كأسس لتحديد مبلغ مكافأة نهاية الخدمة بالرغم من أن المشرع نصّ على هذه المعايير الذاتية المتعلقة بالأجير كأسس اجتهاد اللجنة في قبول قائمة الأجراء المزمع طردهم من طرف المؤجر ولا علاقة لها بتقدير مبلغ مكافأة نهاية الخدمة.

وتأسيسا على حرية اللجنة في الاجتهاد التي وصفناها بالمطلقة يمكن لها أن تقترح مبالغ أرفع مما نصّ عليه التشريع الجاري به العمل كما يمكنها أن تقترح عدم دفع أي مكافأة نهاية خدمة للأجراء المعنيين بالطرد نظرا للوضعية الاقتصادية أو الفنية الصعبة للمؤسسة والتي لا تسمح بدفع أية مكافأة وبالتالي الاكتفاء بدفع منحة الإعلام بالطرد عند الاقتضاء.

فبالرجوع إلى حرفية الفصل 21 – 10 من مجلة الشغل السالف الذكر الذي ينص صراحة على أن اللجنة تسعى للتوفيق بين الطرفين المعنيين حول مبلغ مكافأة الخدمة قد يرى البعض أنه لا يمكن للجنة مراقبة الطرد اقتراح حرمان الأجراء المعنيين من هذه المكافأة لأي سبب كان لأن المشرع استعمل عبارة "**مبلغ**" وبالتالي فدور اللجنة يتعلق بالاجتهاد في إبداء الرأي حول مبلغ هذه الأخيرة.و لو أراد المشرع توسيع اجتهاد لجنة مراقبة الطرد إلى تقدير مدى قدرة المؤسسة على دفع مكافأة نهاية الخدمة لأجرائها المزمع طردهم لحذف عبارة "مبلغ " من الفصل 21-10.

---

[58] انظر ملحوظات الإدعاء العام على القرار عدد 24597 بتاريخ 2004/01/15.مصدر مذكور.

[59] انظر لاحقا

[60] انظر في هذا الاتجاه القرار التعقيبي المدني عدد 3475 بتاريخ 2004/11/08.

ونرى خلاف ذلك لأن المشرع لم يقر مبدأ إسناد هذه المكافأة مهما كانت وضعية المؤسسة اقتصاديا أو فنيا وتبعا لذلك فإن اجتهاد اللجنة ليس مقيدا باقتراح مبلغ المكافأة بل يمكنه تجاوز ذلك إلى حد إعفاء المؤسسة من دفع أي مبلغ نظرا لوضعها المالي. فهذا الإشكال بشأن حدود إجتهاد لجنة مراقبة الطرد الذي للمحكمة أخذه أو تعديله لا يمكن حله في اتجاه التأويل الحرفي للفصل 21- 10 من مجلة الشغل باعتماد عبارة "**مبلغ** " للتضييق من حرية اجتهاد اللجنة وحصره في اقتراح مقدار المكافأة ل عدة أسباب منها بالخصوص:

- مراجعة مجلة الشغل سنة 1996 التي ورد في إطارها الفصل 21 -10 من مجلة الشغل كرّس ولو ضمنيا بعض العلوية لحماية المؤسسة كوحدة اقتصادية واجتماعية على حماية الأجير كفرد أي المصلحة الجماعية على المصلحة الفردية وبالتالي المحافظة على وجود المؤسسة ومواصلة نشاطها إذا تبين أن ذلك لا يتحقق إلا بإعفائها من دفع مكافأة نهاية الخدمة لأجرائها المزمع تسريحهم من العمل لذلك فإن الدولة أخذت على عاتقها هذا العبء المالي المباشر وغير المباشر بإصدار نصوص تنظم بها آليات وشروط الإحاطة بهؤلاء الأجراء بالخصوص[61] والحلول محل المؤسسة.
- من الناحية القانونية الصرفة فإن اعتماد عبارة "**مبلغ** " الواردة بالفصل 21-10 من مجلة الشغل وإخراجها من سياق هذا الفصل لتضييق حرية لجنة مراقبة الطرد في اتجاه إجبارها على التقيد بحد أدنى و أقصى لهذه المكافأة فيه بعض السطحية لأن الفصل المذكور نصّ في بدايته على أنه في صورة قبول الطرد " تبدي اللجنة رأيها في مكافأة نهاية الخدمة " والمقصود بذلك حسب رأينا تنظر في مدى قدرة المؤسسة على تحمل دفع هذه المكافأة ومدى تأثير ذلك على وضعها الاقتصادي والمالي مستقبلا باعتبار أن الهدف الرئيسي من كل هذه الإجراءات المتعلقة بهذا النوع من الطرد هو الحفاظ على القدرات التنافسية للمؤسسة أو ما تبقى منها وبالتالي على ما تبقى من مواطن الشغل وليس إرهاق كاهلها بدفع مبالغ لا قدرة لها بها قد تؤدي بها إلى الإفلاس وطرد باقي الأجراء.

فإذا انتهجنا هذا التمشي في قراءة الفصل المذكور يمكن الجزم بأن المشرع أعطى للجنة مراقبة الطرد حرية مطلقة في إبداء رأيها حول مكافأة نهاية الخدمة بداية من مبدأ إقرارها وصولا إلى تقدير مبلغها خلاف للمحكمة التي عليها التقيد بالقواعد الحسابية المنصوص عليها بالتشريع الجاري به العمل وهو ما يتناغم مع باطن النص وإرادة المشرع لسببين على الأقل :

- تدخل لجنة مراقبة الطرد لا يعدو أن يكون مجرد رأي وبالتالي لا يلزم أي طرف[62].
- يخضع هذا التقدير في قبوله وتطبيقه لموافقة الطرفين المعنيين بالطرد.[63]

لا يمكن إذن فهم هذه السلطة الواسعة التي تتمتع بها لجنة مراقبة الطرد إلا إذا رجعنا إلى الطبيعة القانونية لتدخلها الذي يقف عند حد الرأي والاستشارة والتوفيق بين الطرفين المعنيين اللذان يحتفظان بحق اللجوء للقضاء[64] وهو ما يختلف كليا عن الطبيعة القانونية لتدخل القضاء.

وهذا الدور الواسع الذي تتمتع به لجنة مراقبة الطرد وإن هو في حدود الرأي والاستشارة غير أنه لا يمكن تشبيهه بمجرد دور خبير كما ذهب إليه قرار الدوائر المجتمعة السالف الدرك بقوله " يمكن اعتبار هذه اللجنة بمثابة الخبير الذي تتوفر فيه مواصفات فنية وموضوعية تؤهله للقيام بالمهمة التي أنيطت بعهدته إلا أن رأيه لا يمكن أن يقيد المحكمة...".

---

[61] قانون عدد 101 لسنة 1996 مؤرخ في 18 /1996/11 يتعلق بالإحاطة الاجتماعية للعمال
- أمر عدد 1925 لسنة 1997 مؤرخ في 1997/9/29 يتعلق بالتدخلات الاجتماعية لفائدة العمال
- أمر عدد 1926 لسنة 1997 مؤرخ في 1997/9/29 يتعلق بشروط وأساليب التكفل بمنح المغادرة لأسباب اقتصادية أو فنية.
- أمر عدد 1025 لسنة 2006 مؤرخ في 2006/04/13 يتعلق بتنقيح الأمر عدد 1925 المتعلق بالتدخلات الاجتماعية لفائدة العمال.
[62] انظر القرار التعقيبي المدني عدد 5074 بتاريخ 2004/12/27.
[63] قرار الدوائر المجتمعة، مدني، عدد 74931 بتاريخ 2000/09/28.
[64] انظر في هذا الاتجاه القرار التعقيبي المدني عدد 2132 بتاريخ 2000/07/07.

للوصول إلى استنتاج : أن عدم تقيد المحكمة برأي لجنة مراقبة الطرد مرادف لحقها في الاجتهاد لتقدير مبلغ مكافأة نهاية الخدمة تعويضا للأجير عما لحقه من ضرر جراء فقدانه لعمله لأن هناك فرق بين التعويضات التي لها صبغة تغريمية وتلك التي لا تكتسي هذه الصبغة.

فالتعويضات التي وردت في مجلة الشغل تنقسم إلى تعويضات تغريمية ومكافآت ومنح مضبوطة قانونيا حسب قواعد حسابية دقيقة ولا تكتسي صبغة تغريمية.فالتعويضاتا لتغريمية تهدف إلى غرم الضرر الحاصل للأجير جراء تعسف مؤجره ويكون ذلك مترتبا عادة عن الطرد التعسفي و قد يلحق الأجير ضررا بمؤجره بتعسفه في قطع العلاقة الشغلية أو من جراء أي تصرف آخر متعارض مع الأحكام التعاقدية أو القانونية وبالتالي كما يحق للأجير المطالبة بجبر الضرر على أساس أحكام مجلة الشغل للمؤجر نفس الحق ولكن على أساس القواعد المدنية العامة.

وكما سلف ذكره فان المكافآت والمنح الغير قابلة للاجتهاد في تقديرها من طرف القضاء بحكم طبيعتها غير التغريمية كمكافأة نهاية الخدمة قد تكتسي صبغة التعويضات الأصلية كحالة الطرد لأسباب اقتصادية أو فنية أو الطرد لأسباب صحية في إطار الفصل 20 من مجلة الشغل أو صبغة تكميلية كالطرد التعسفي سواء لأسباب تأديبية أو اقتصادية أو فنية أو أي تعسف آخر.ولكن قرار الدوائر المجتمعة السالف الذكر أوكل لمكافأة نهاية الخدمة لأسباب اقتصادية دورا تغريميا شأنها شأن غرامة الطرد التعسفي وذلك بالقول أن للمحكمة صلاحيات تقدير مكافأة نهاية الخدمة أي يمكنها أن تقدر مبلغا يختلف عن المبلغ المقترح من طرف لجنة مراقبة الطرد أو أن تعتمد المبلغ المقترح من طرف هذه اللجنة :" إذا ما رأت أن ذلك المبلغ كاف لتعويض العامل عن فقدان موطن شغله دون خطأ ينسب إليه غير أنه على المحكمة أن تعلل رأيها في كلا الحالتين..."

فهذا القرار أقر توجه محكمة الدرجة الثانية[65] بعد إعادة نشر هذه القضية والذي وقع في خلط كامل بين مكافأة نهاية الخدمة وغرامة الطرد التعسفي وذلك باعتماد معايير تقدير غرامة الطرد التعسفي الواردة بالفصل 23 مكرر من مجلة الشغل لاحتساب مكافأة نهاية الخدمة بقوله أن الفصل 21-10 من مجلة الشغل عندما نص على مكافأة نهاية الخدمة المنصوص عليها بالتشريع الجاري به العمل فهو يقصد بذلك معايير التقدير المتمثلة خاصة في أقدمية العامل بالمؤسسة وأجره وسنه والعمل المنوط بعهدته ووضعية المؤسسة وهي معايير مشتركة في كل المنح والغرامات التي أقرها المشرع بمقتضى مجلة الشغل والاتفاقية الإطارية والاتفاقيات الخاصة.

وهذا الخلط بين المكافآت والمنح غير التغريمية والمحددة طبق قواعد حسابية دقيقة من جهة والتعويضات التغريمية القائمة على الاجتهاد والتقدير من طرف المحكمة من جهة أخرى ترتب عنه خلط بين صلاحيات لجنة مراقبة الطرد وصلاحيات المحكمة فاللجنة أوكل لها المشرع بمقتضى الفصل 21-10 السالف الذكر مجرد صلاحية إبداء الرأي في تقدير مكافأة نهاية الخدمة والتوفيق بشأن هذا المقترح بين المجر والأجراء المعنيين بينما المحكمة عليها الإلتزام بتطبيق التشريع الجاري به العمل المنظم لاحتساب هذه المكافأة والمتمثل في فصل وحيد في م.ش وهو الفصل 22 (جديد) أو أحكام خاصة في الاتفاقيات المشتركة إن كانت أنفع للأجراء.

يتأكد هذا الخلط من خلال تأكيد محكمة الدرجة الثانية [66] السالفة الذكر أن المعايير المذكورة "مشتركة في كل المنح والغرمات "بينما إذا رجعنا إلى الفصل 22 (جديد) المنظم لمكافأة نهاية الخدمة لا نجد أي معيار تقديري لهذه المكافأة بل نصّ على قاعدة حسابية دقيقة وواضحة تتمثل في تمتيع الأجير "بأجر يوم عن كل شهر عمل فعلي في نفس المؤسسة وذلك على أساس الأجر...".

---

[65] حكم عدد 2202، مصدر مذكور.
[66] الحكم عدد 2202 الذي أقرت توجهه الدوائر المجتمعة، مصدر مذكور.

فخلافا لما ذهبت إليه هذه المحكمة[67] صراحة وقرار الدوائر المجتمعة ضمنيا فإن هذه المعايير غير مشتركة في كل المنح والغرامات بل هي خاصة بغرامة الطرد التعسفي لعيب في الأصل على وجه التحديد والتي نص عليها الفصل 23 مكرر.

ولتجنب الخلط بين التعويضين أوكل المشرع للجنة مراقبة الطرد صلاحية إبداء الرأي بشأن مكافأة نهاية الخدمة دون ان يربطها ولو على سبيل الذكر بمعايير معينة قد تتداخل مع المعايير المذكورة بالفصل 23 مكرر لتقدير غرامة الطرد التعسفي بل ترك لها حرية تقديرية مطلقة باعتبار أن الأمر لا يخرج عن حدود إبداء الرأي ومحاولة التوفيق بشأنه.

و بالتالي خلافا لغرامة الطرد التعسفي فإن مكافأة نهاية الخدمة لها طبيعة تعويضية غير تغريمية عادة مكملة لغرم الضرر من جراء الطرد التعسفي وهو ما يفسر تنصيص الفصل 22(جديد) من مجلة الشغل السالف ذكره على شرط عدم ارتكاب الأجير لخطأ فادح يبرر الطرد وقد تكون كما سلف ذكره تعويضا أصليا في حالات أخرى كحالة الطرد لأسباب اقتصادية أو فنية تم إقراره من طرف لجنة مراقبة الطرد أو القضاء في حالة اللجوء له. لكن هذه المكافأة ليست دائما تعويضا أساسيا أصليا حتى في حالة الطرد لأسباب اقتصادية أو فنية وعلى هذا الأساس نرى أن محكمة البداية [68] التي تم إقرار توجهها من طرف الدوائر المجتمعة في القرار السالف الذكر لم توفق حين أسست حكمها بعدم إخضاع مكافأة نهاية الخدمة " لطريقة الاحتساب الوارد بها الفصل 22(جديد) السالف الذكر" على اعتبار" أن المكافأة التي تعرض لها المشرع صلب الفصل 21 من مجلة الشغل تختلف عن المكافأة التي جاء بها الفصل 22 من نفس المجلة ذلك أن مكافأة الفصل 22 ألمذكور تكون في إطار التعويض العادي عند طرده بصفة تعسفية وهي تأتي مع جملة من غرامات التعويض كمنحة الإعلام بالطرد وغرامة الطرد التعسفي في حين أن المكافأة التي تعرض إليها الفصل 21 السالف ذكره هي منحة خاصة بالعملة الواقع الاستغناء عن خدماتهم نتيجة الصعوبات الاقتصادية التي تتعرض لها المؤسسة وهذه المنحة هي التعويض الأصلي ويمكن أن تكون الوحيدة لمثل هؤلاء العملة"[69]فالطرد لأسباب اقتصادية أو فنية قد يكون تعسفيا لعيب في الشكل في حالة خرق للإجراءات المنصوص عليها بالفصل 21بالرغم من جدية وحقيقة الأسباب التي تثيرها المؤسسة.

وإضافة إلى الخلط من طرف فقه القضاء بين الصبغة التعويضية الغير تغريمية لمكافأة نهاية الخدمة بصرف النظر إن كانت تعويضا أصليا أو مكملا وبين الصبغة التعويضية لغرامة الطرد التعسفي[70] والذي أدى به إلى الخلط بين أسس وأهداف وطبيعة تدخل لجنة مراقبة الطرد وبين دور المحكمة كما سبق ذكره[71] فقد وقع في خلط آخر بين أعضاء هذه اللجنة وبين المؤجر والأجراء المعنيين عند محاولته تدعيم التمييز بين الفصل 21-10 المنظم لمكافأة نهاية الخدمة لأسباب اقتصادية أو فنية وبين الفصل 22 (جديد) من نفس المجلة المنظم لهذه المكافأة لأسباب أخرى[72].فقد أسست محكمة التعقيب قرارها [73] :" بناء على أن المكافأة التي أقرها الفصل 21-10 من نفس المجلة ليست هي المكافأة التي أتى بها الفصل 22 من نفس المجلة وبالتالي فإن طريقة احتساب المكافأة التي أتى بها الفصل 21 -10 تخضع للتفاوض بين الأطراف تحت إشراف اللجنة وفي صورة إخفاق الأطراف في الاتفاق حول المنحة يحسم الأمر من طرف أعضاء اللجنة بأغلبية الأصوات عملا بالفصل 21-6 من نفس المجلة".

ويتمثل الخلط المذكور في كيفية تقدير مكافأة نهاية الخدمة من طرف لجنة مراقبة الطرد إذا لا يخضع احتساب المكافأة للتفاوض بين الأطراف تحت إشراف اللجنة بل نص الفصل 21- 10 صراحة على أنه " في صورة قبول الطرد، تبدي اللجنة رأيها في مكافأة نهاية الخدمة... وتسعى للتوفيق بين الطرفين المعنيين حول مبلغ المكافأة..."وبالتالي فاللجنة تقترح على الطرفين المعنيين أي المؤجر والأجراء المعنيين بالطرد مبلغا محددا وتسعى للتوفيق بينهما وإذا لم يتم الاتفاق بشأنه بين الطرفين المذكورين لا يتم حسم الأمر منطرف أعضاء اللجنة بأغلبية الأصوات بل يمكن اللجوء للمحاكم عملا بالفقرة الأخيرة

---

[67] الحكم عدد 2202. مصدر مذكور

[68] انظر كذلك ملحوظات الإدعاء العام على قرار الدوائر المجتمعة موضوع التعليق.

[69] حكم ابتدائي، دائرة الشغل بصفاقس عدد 17463 تم إقراره بالقرار التعقيبي عدد 2277، مصدر مذكور أعلاه

[70] قرار تعقيبي مدني عدد 4402 بتاريخ 2004/10/25

[71] قرار تعقيبي مدني عدد 2277، مصدر مذكور.

[72] قرار تعقيبي مدني عدد 2277، مصدر مذكور.

[73]نفس المصدر.

من الفصل 21-11 من مجلة الشغل التي نصت على انه " وفي صورة عدم الاتفاق يحتفظ الطرفان بحقهما في اللجوء إلى المحاكم المختصة".

وإرادة المشرع في وضع حد لاجتهاد المحكمة من خلال مراجعة مجلة الشغل تدعم رأينا أنه ليس للمحكمة صلاحية تقدير مكافأة نهاية الخدمة في حالة الطرد لأسباب اقتصادية أو فنية بالرغم من أنها تمثل عادة تعويضا أصليا للأجير عما لحقه من ضرر وبالتالي لا وجود لتمييز بين الفصل 22 (جديد) والفصل 21 - 10 من نفس المجلةخاصة وان الأسباب الاقتصادية أصبحت في مقدمة أسباب فقدان مواطن الشغل مما وهو ما يفسر محاولات المشرعالتوفيق بين حماية المؤسسة وحماية الأجراء في إطار الطرد لأسباب اقتصادية.

ثانيا: محاولة التوفيق بين حماية المؤسسة وحماية الأجراء في إطار الطرد لأسباب اقتصادية

1) الطرد بين المرونة القانونية بالاكتفاء بإثبات الأسباب الاقتصادية (وقاية من الصعوبات) وتصلب التطبيق بضرورة الوصول للصعوبات

يشهد لاقتصاد العالمي تحولات جذريّة وسريعة بتزايد التكتلات الاقتصادية الجهوية والإقليمية. فبعد ما كانت المؤسسة الاقتصادية التونسية لا تتأثر إلا بالتقلبات الدّاخلية، أصبحت شديدة الحساسية تجاه السوقالعالمية بحكم انفتاح لاقتصاد التونسي على الاقتصاد العالمي بانخراط تونس في اتفاقية التجارة العالية وإبرامها اتفاق شراكة اقتصادية مع الإتحاد الأوروبي.

هذا الوضع الاقتصادي الجديد قد تسبب في صعوبات اقتصادية أو فنية للمؤسسات قد لا تستطيع التأقلم معها وهو ما دفع بالدولة إلى تركيز آليات قانونية اقتصادية للإحاطة اقتصاديا بهذه المؤسّسات وآليات قانونية اجتماعية للإحاطة اجتماعيا بأجرائها، بحيث حاولت التوفيق بين المسارين الاقتصادي والاجتماعي[74].

2) لجنة مراقبة الطرد لأسباب اقتصادية بين التقلبات الاقتصادية المفروضة و النجاعة المفقودة

إن تحديد طبيعة تدخل لجنة مراقبة الطرد يكتسي أهمية بالغة لتحديد القيمة القانونية لهذا التدخل وكيفية الطعن فيه .من خلال الفصل 21-9 من مجلة الشغل نلاحظ أن المشرع استعمل عبارة "تقترح" ولم يستعمل عبارة "تقرر" وبالتالي فإن تدخل لجنة مراقبة الطرد يقتصر على إبداء الرأي في مطلب المؤجر المتمثل في التخفيض في عدد العملة للأسباب الاقتصادية أو الفنية التي أثارها.

وبالرجوع إلى الفصل 21-12 من مجلة الشغل نستنتج أن المشرع يسمح صراحة للمؤجر بمخالفة رأي اللجنة حيث لم يشترط إلا استشارتها والحصول مسبقا على رأيها فواجب المؤجر يقتصر على القيام بالإجراءات المنصوص عليها بالفصل 21 (جديد) وما يليه من مجلة الشغل للحصول على رأي اللجنة ولذلك مجرد إعلام تفقدية الشغل بالموضوع لا يكفي لاعتبار توفر مقتضيات الفصل 21 من مجلة الشغل بل يتعين الحصول على رأي لجنة مراقبة الطرد كما أن الضائقة المالية التي تمر بها المؤسسة لا تقوم مقام الإجراءات الواردة بالفصل المذكور.

ولو كان المشرع يريد إضفاء الصبغة الإلزامية على طبيعة تدخل اللجنة لنص على ذلك في الفصل 21-12 من مجلة الشغل لكنه اكتفى باستعمال عبارة "**رأي**" عندما نص على إنه "يعتبر تعسفيا الطرد أو الإيقاف عن العمل اللذان يتمان

---

[74]– محمد الكشو: البند الاجتماعي في التجارة الدولية وانعكاساتها على العمال، مقال غير منشور 1999.
عزام محجوب: العولمة وإقامة منطقة التبادل الحر بين تونس والاتحاد الأوروبي، ندوة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية للشغالين في ضل العولمة ودور النقابات، الاتحاد العام التونسي للشغل: 23-24-25 مارس 1998، نشر المركز النقابي للتكوين.
Hatem KOTRANE : Seattle et la question sociale dans un contexte de mondialisation, in journal La presse, 08/12/1999 - Mohamed ENNASSEUR : Le Maghreb social : réalité et perspectives, in revue Tunisienne de droit social n° 6. 1992 P.11
حافظ العموري: " المفاوضة الجماعية"، المنظمة العربية للعمل، جمهورية موريتانيا مارس 2002.

دون الحصول على رأي اللجنة".فهل يقصد المشرع الحصول على "الرأي المطابق لطلب المؤجر"؟ وإلا فنتساءل عن الجدوى من هذه المراقبة إذا كانت تقتصر على مجرد إجراءات؟

ومن جهته نص الفصل 21-11 من مجلة الشغل على أن :"محضر الاتفاق الحاصل بين الطرفين المعنيين عن طريق تفقدية الشغل أو عن طريق اللجنة الجهوية أو المركزية لمراقبة الطرد لهالقوة التنفيذية بين الطرفين". فهل يجب أن نستنتج من هذا الفصل أن الرأي الصادر عن اللجنة هو الرأي المتفق عليه بين أعضائها والوارد في محضر الاتفاق وبالتالي تصبح له القوة الإلزامية؟ أم أن المشرع يقصد بالطرفين المعنيين المؤسسة والأجراء المزمع طردهم أو إيقافهم عن العمل واعتبار أن الفصل21-11 السالف الذكر لا يرجع إلا على الفصل الذي سبقه والذي ينص أنه: "في صورة قبول الطرد تبدي اللجنة رأيها في مكافأة نهاية الخدمة... وتسعى للتوفيق بين الطرفين المعنيين حول مبلغ المكافأة والقيام بدفعها حالا " ؟

من خلال الفصل 21 (جديد) وما يليه من مجلة الشغل يمكن القول أن ممثلي المنظمتين النقابيتين اللذان يكوّنان لجنة مراقبة الطرد التي يرأسها رئيس تفقدية الشغل ليسا معنيين على الأقل بصفة مباشرة بالطرد. وإن اعتبرنا أن المشرع يقصدهما بصفة مباشرة لإبرام اتفاق يقضي بطرد الأجراء وإحالتهم على التقاعد المبكرمثلا ما هي القيمة القانونية لمحضر اتفاقهما فهل هو ملزم للأجراء والمؤجر؟ وحتى وإن اعتمدنا الوكالة الضمنية التي يتمتعان بها والتي يستمدانها من صفتهما التمثيلية فهل يلزم هذا الاتفاق المؤجر والأجراء غير المنخرطين في النقابات المهنية ؟

وللتذكير حين أراد المشرع إضفاء الصبغة التنفيذية على الاتفاقيات المشتركة القطاعية لتطبيقها على القطاعات المهنية المنضوية تحتها بصرف النظر عن انخراط مؤجري وأجراء هذه المؤسسات من عدمه في النقابات التي أبرمت هذه الاتفاقيات المشتركة نص على وجوب المصادقة عليها بمقتضى قرارات صادرة عن وزير الشؤون الاجتماعية.

أما إذا اعتبرنا أن رأي لجنة مراقبة الطرد ملزم بالاعتماد على الاتفاق الحاصل في شأنه بين عضويها هل يصبح الفصل 21-9 من مجلة الشغل الذي ينص على أن تدخل اللجنة يقف عند حد الاستشارة والاقتراح متناقضا مع الفصل 21-11 من نفس المجلة والذي ينص على إلزامية الرأي المضمن في محضر الاتفاق ؟ وهل يجوز أن نصف تدخل اللجنة بأنه استشاري وتقريري في نفس الوقت ؟

إجابة على هذه التساؤلات القانونية نرى أنه يجب قراءة هذين الفصلين على أنهما يقران الصبغة الاستشارية لتدخل اللجنة وفي حالة الاتفاق على رأيها ومقترحاتها بين الطرفين المعنيين بالطرد والمقصود بذلك المؤجر والأجراء بتحول تدخل اللجنة من الرأي إلى الرأي الملزم للطرفين المتفقين على تنفيذه بمقتضى الاتفاق المبرم بينهما ولكن في حالة عدم الاتفاق هل يمكن الطعن في رأي لجنة مراقبة الطرد؟

يحق للأجراء عدم قبول تدخل لجنة مراقبة الطرد. ولتحديد المحكمة المختصة حكميا للنظر في ذلك وجب تحديد الطبيعة القانونية لهذه اللجنة. فهل هي لجنة إدارية بحكم تكوينها من رئيس موظف بوزارة الشؤون الاجتماعية (رئيس تفقدية الشغل المختصة ترابيا أو المدير العام لتفقدية الشغل حسب الحالة) وفي بعض الحالات من عضوين ينتميان للوظيفة العمومية و تم إلحاق كل منهما بمنظمة نقابية؟ أم أنه بصرف النظر عن تكوينها يجب الرجوع إلى طبيعة مهامها الاستشارية التي تفسر عدم إمكانية إصدارها لمقررات إدارية للقول بأنها لجنة فنية تنضوي تحت القانون الخاص؟فإذا اعتبرنا أن لجنة مراقبة الطرد لجنة إدارية وأن المراقبة التي تقوم بها تكتسي صبغة إدارية مستمدة من المصلحة العامة للنظر في مدى حقيقة وجدية وجود أسباب اقتصادية أو فنية وأن القاضي الشغلي لا يمكنه مراقبة ما تم اتخاذه من إجراءات من طرف اللجنة وجب الطعن في تدخل اللجنة أمام القضاء الإداري كأن يطعن مثلا المؤجر في ما توصلت إليه اللجنة من عدم وجود أسباب اقتصادية أو فنية أو أن يطعن الأجير في مدى حقيقة وجدية هذه الأسباب التي اعتمدتها اللجنة للموافقة على الطرد والإحالة على التقاعد.

أما إذا اعتبرنا أن لجنة مراقبة الطرد لجنة فنية استشارية ليس من صلاحياتها أخذ مقررات إدارية وأن متفقد الشغل بالرغم من صفته كرئيس لا يمكن اعتباره طرفا بل حكما وأنه لا يمكن الطعن أمام القاضي الإداري في مجرد رأي

يمكن القول أن القاضي العدلي (دائرة الشغل) مختص[75] للنظر في ما وقع التوصل إليه من آراء من طرف اللجنة والتي اعتمدها المؤجر لطرد الأجراء كإعادة تقدير المكافآت المنجرة عن الطرد ولاتي لم يقع الاتفاق في شأنها بين المؤجر والأجراء المطرودين وله أن يعتمد محضر الجلسة الذي يحال له من طرف اللجنة أو من الطرف الأكثر حرصا ويمكن للقاضي الشغلي كذلك أن يعتبر الطرد تعسفيا لغياب سبب اقتصادي أو فني حقيقي وجدي أو لعدم احترام الإجراءات.[76]

و نرى في كل الحالات أن النزاع ليس بين الأجراء واللجنة بل بين الأجراء والمؤجر وبالتالي يبقى القاضي الشغلي مختصا في كل ما يتعلق بتنفيذ العقد وقطعة بين الطرفين المتعاقدين بما في ذلك مدى احترام الإجراءات المنصوص عليها باعتبارها تهم النظام العام طبق ما ذهبت محكمة التعقيب[77].وعدم احترام هذه الإجراءات تضفى على الطرد الصبغة التعسفية إلا في حالة اتفاق الطرفين أو القوة القاهرة بالرغم من أنها تطرح بعض الإشكاليات حيث أن تطبيقها كما وردت في القانون المدني على قانون الشغل قد يصعب ومحكمة التعقيب اعتبرت أن إفلاس المؤجر نتيجة ظروف خارجة عن إدارته كالحرب يعتبر من قبيل القوة القاهرة [78] ولا يحق في حالة وجود القوة القاهرة أن يتحصل العملة المطرودين على منحة الإعلام ومكافأة نهاية الخدمة.[79]

والقاضي الشغلي لا ينظر في الطعن في رأي اللجنة بل في قرارات المؤجر المبنية على رأي اللجنة لأنه رأي اللجنة لا يلزم المؤجر ولا القاضي. الذي يجوز له اعتماد الفصل 14 (ثالثا) من مجلة الشغل الذي ينص أنه يعبر تعسفيا الطرد الواقع دون سبب حقيقي وجدي يبرره أو دون احترام الإجراءات القانونية أو الترتيبية أو التعاقدية للنظر في مدى حقيقة وجدية الأسباب الاقتصادية أو الفنية وفي مدى احترام الإجراءات التي أسست عليها اللجنة رأيها الذي استند إليه او خالفه المؤجر في أخذ قراره بالطرد وقبوله دفع المكافآت المستحقة.

والفصل 14 (ثالثا) السالف الذكر لم يربط السبب الحقيقي والجدي بالطرد التأديبي فقط ولذلك فحتى وإن احترام المؤجر الإجراءات المنصوص عليها في إطار الطرد لأسباب اقتصادية أو فنية يمكن إضفاء الصبغة التعسفية على هذا الطرد ما لم يتوفر السبب الحقيقي والجدي للأسباب الاقتصادية أو الفنية.[80]

ولكن هل يمكن للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي أن يستند على طعن الأجير في الطرد أو على بعض العيوب الأخرى شكلية كانت أم موضوعية لعدم قبول نتيجة تدخل اللجنة في غياب تناسق سبه كامل بين حماية المؤسسة في مجلة الشغل وحماية الاجراء المطرودين في قانون الضمان الاجتماعي عبر تمتيعهم بجرايات تقاعد مبكر اذا توفرت فيهم الشروط ؟

3) غياب التناسق بين حماية المؤسسة في مجلة الشغل وحماية الاجراء المطرودين في قانون الضمان الاجتماعي

سنقتصر على الحماية المتمثلة في تمتيع المطرودين بتقاعد مبكر للتسؤل هل هناك غياب تناسق بين الفصل 15 مكرر (جديد) من الأمر عدد 499 مؤرّخ في 27 /4/ 1974 والمتعلق بالجرايات المسندة من طرف الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لاجراء القطاع الخاص غير الفلاحي والفصل 21-12 من مجلة الشغل حيث يشترط الأوّل مصادقة لجنة المراقبة

---

[75]المنجي طر شونة: " القانون المقارن واختصاص دوائر الشغل"، الندوة الوطنية لمحاكم العرف 19-21 جويلية 1999

[76]قرار تعقيبي مدني عدد 2132 في 7 جويلية 2000، غير منشور.

- voir également la cour de cassation française du 27 octobre 1998, redressement judiciaire, contrôle de la cause réelle et sérieuse du licenciement, in Rev.Drt.Soc.n°2,1999,p201etcass.soc du 29 janvier 1999, licenciement économique in Dr.Soc. n°5,1999,p5[76]

[77]قرار تعقيبي مدني عدد 2001-7680 مؤرخ في 1 فيفري.30.2002

[78]قرار تعقيبي مدني عدد 66856 في 2 أكتوبر 1998.

- قرار تعقيبي مدني عدد 2122 في 7 جويلية 2000.

[79]قرار تعقيبي مدني عدد 49905 في 12 ديسمبر 1995.

- قرار تعقيبي مدني عدد 98-70103 في 5 مارس 1999.

- قرار تعقيبي مدني عدد 99- 76498 في 11 فيفري 2000.

[80]- قرار تعقيبي مدني عدد4510، مؤرخ في 27 مارس 1980.

- قرار تعقيبي مدني عدد 3389 مؤرخ في 11 جانفي 1982.

الطرد للتمتّع بالتقاعد المبكر بينما الثاني لا يشترط إلا مجرّد الحصول مسبقا على رأي اللجنة بل ويمكن الطرفين المعنيين من عدم إعلام اللجنة للحصول على رأيها والاكتفاء بإبرام اتفاق بينهما ؟ وهما حسب رأينا إلا المؤجر والأجراء المعنيين مباشرة بالإيقاف عن العمل أو الطرد كما سلف ذكره.

نلاحظ إذن أنّه من ناحية يجب الحصول على مصادقة لجنة مراقبة الطرد طبقا للفصل 15 مكرّر (جديد) لكي يمكن للأجراء التمتع بالتقاعد المبكّر ومن ناحية أخرى نصّ الفصل 21-12 السابق ذكره ولو بصفة ضمنية أن الطرد لا يعتبر تعسّفيا حتّى ولو خالف المؤجر رأي اللّجنة ولكن يشترط أن يتحصّل على رأيها وهو ما يجعل المراقبة الإداريّة للطرد لأسباب اقتصاديّة مراقبة إجرائيّة بالأساس.

فهذه المراقبة كانت تكون أنجع لو تم مزيد التنسيق بين قانون الضمان الاجتماعي (بالخصوص الأمر عدد499) وقانون الشغل(الفصل 21-12 من مجلّة الشغل) وذلك باستعمال مصطلح موحد وهو المصادقة على الطرد من طرف اللجنة أما والحالة على ما هي عليه فالقاضي لا يمكنه وصف الطرد بالتعسّفي استنادا على مخالفة المؤجر لرأي اللجنة ولكن له أن ينظر في مدى جديّة وحقيقة الأسباب الاقتصاديّة أو الفنية التي أثارها المؤجر لمخالفة رأي اللجنة.

و غياب مزيد التناسق يبرز كذلك بين الفصول 21-10 من مجلة الشغل الذي خوّل للجنة مراقبة الطرد أن تبدي رأيها في مكافأة نهاية الخدمة و21-11من مجلة الشغل الذي يخول للطرفين المعنيين عدم المرور باللجنة من جهة وبين الفصل الأول فقرة 14 من الأمر عدد 1011 لسنة 1999 والمؤرخ في 10 ماي المتعلق بضبط قائمة المنافع المستثناة من قاعدة الاشتراك بعنوان أنظمة الضمان الاجتماعي الذي ينصّ على أنّ مكافأة نهاية الخدمة لا تدخل في قاعدة احتساب الاشتراكات بعنوان أنظمة الضمان الاجتماعي إلا في حدود مبلغ التعويض المنصوص عليه بمجلة الشغل والاتفاقيات المشتركة والنصوص الترتيبية مع اشتراط دائما مصادقة تفقديّة الشغل أو لجنة مراقبة الطرد.

فما الجدوى من رأي لجنة مراقبة الطّرد في تقدير مكافأة نهاية الخدمة ومن القوة التّنفيذيّة لاتفاق الطرفين على ما وقع تحديده كمكافأة نهاية الخدمة إذا لا يقع الاعتراف والأخذ بما تم تحديده والاتفاق عليه من مبالغ لإمكانية ولاحتساب جراية التقاعد المبكر التي تمثل الإحاطة الوحيدة طويلة الأمد التي يسندها الصّندوق للعمال المطرودين لأسباب اقتصادية ؟

فمن ناحية أوكلت مجلّة الشغل الحرّية للجنة مراقبة الطرد وللطرفين المعنيين في تحديد مبلغ مكافأة نهاية الخدمة ومن ناحية أخرى استثنى الفصل الأوّل من الأمر 1011 السالف الذكر ما تجاوز مبلغ التّعويض المنصوص عليه بمجلّة الشغل من قاعدة احتساب اشتراكات الضمان الاجتماعي، وهذا الاستثناء يؤدّي حتما إلى عدم احتساب ما تجاوز مبلغ المكافأة المنصوص عليه في مجلة الشغل في الأجر المرجعي لاحتساب جراية التقاعد[81] وهو ما قد يخفض من مبلغ هذه الجراية المفروض استحقاقها لو احتسبت هذه المكافأة كاملة وبالتالي يحدّ من نجاعة هذه الإحاطة. والفصل 22 جديد من مجلّة الشغل حدد هذه المكافأة بأجر يوم عن كلّ شهر عمل فعلي في نفس المؤسسة وذلكُ على أساس الأجر الذي يتقاضاه العمال عند الطرد مع مراعاة جميع الامتيازات التي ليست لها صبغة إرجاع مصاريف ولا يمكن أن تفوق هذه المكافأة أجر 3 أشهر مهما كانت مدة العمل الفعلي إلا في صورة وجود شروط أحسن جاء بها القانون أو الاتفاقيات المشتركة الخاصة.[82]

نلاحظ أنّ ما تم منحه للطرفين المعنيين في الفصل 21-10 وما يليه من مجلّة الشغل من حرية الاتفاق على الطرد وتحديد مبلغ مكافأة نهاية الخدمة وقع سحبه منها ضمنيّا بمقتضى الفصل 15مكرّر(جديد) من الأمر499 الذي لا يمكن الأجراء المطرودين من التقاعد المبكر إلا إذا تم الفصل عن العمل بمصادقة لجنة مراقبة الطّرد بالرغم من ان مراجعة مجلة الشغل مكنت الطرفين من الاتفاق دون المرور

---

[81]- تحتسب جراية التقاعد على أساس الأجور الخاضعة للمساهمة التي قبضها المضمون الاجتماعي قبل سن افتتاح الحق في جراية بعنوان العشر سنوات الأخيرة وإذا كانت فترة النشاط المصرح بها أقل من الفترات المذكورة سابقا يحتسب المعدل على قاعدة الأجور المصرح بها بعد تحيينها (أنظر الفصل 18 جديد من الأمر عدد 499 مؤرخ في 27 /1974/4).

[82]- محرزيَة بن عيَاد: قرارات دوائر الشغل دورة دراسيَة من تنظيم المعهد الأعلى للقضاء بعنوان العلاقات الشغلية أيام 21-23 نوفمبر 1991.
- حافظ العموري: " التعويض في القانون الاجتماعي" دورة دراسية، تنظيم المعهد الأعلى للقضاء بعنوان " التعويض" ماي 2000.
- فاخر بن سالم : المراقبة القضائيَة لعمليات الطرد كوسيلة لحماية التشغيل المجلة التونسية للقانون الاجتماعي عدد 2-3 لسنة 1987 .

بهذه اللجنة والفصل الأول من الأمر عدد1098-2003 الذي لا يأخذ بعين الاعتبار في احتساب جراية التقاعد إلا مبلغ المكافأة المنصوص عليه في مجلة الشغل عليها سابقا والمصادق عليه من طرف تفقدية الشغل أو لجنة مراقبة الّطرد فهذا الاتفاق على مبلغ مكافأة الخدمة لا يلزم الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي حتى و إن تمّ بمصادقة تفقدية الشغل أو لجنة مراقبة الطرد إذا تجاوز ما نصّت عليه مجلة الشغل والاتّفاقيات المشتركة.

والأمر عدد 1098 المؤرخ في 19 ماي 2003 السالف الذكر صدر تطبيقا للفصل 42 جديد من القانون عدد 30 لسنة 1960 والمؤرّخ في 14 ديسمبر 1960 بعد تنقيحه بمقتضى القانون عدد 101 لسنة 1995 والمؤرّخ في 27 نوفمبر1995 وذلك بهدف التخفيف من أعباء المساهمات التي يدفعها المؤجّر بعنوان أنظمة الضّمان الاجتماعي ومن أعباء الإحاطة الاجتماعية طويلة الأمد التي يتكفل بها الصّندوق. نلاحظ أنّ هذا الأمر حاول التوفيق بين التخفيف من الأعباء الاجتماعيّة للمؤسّسة المنجرّة عن دفع الاشتراكات في أنظمة الضّمان الاجتماعي وبين ضرورة المحافظة على التوازنات المالية للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي من ذلك تحديده مبلغ مكافأة نهاية الخدمة لتفادي الترفيع المفتعل في مبلغ هذه المكافأة والذي قد ينعكس سلبا على التوازنات المالية للصّندوق بالترفيع في مبلغ جراية التقاعد بالرغم من أن الفصل 18 (جديد) من الأمر عدد 499 السالف الذكر ينصّ على عدم الأخذ بعين الاعتبار الأجور لاحتساب جراية التّقاعد إلا في حدود 6 مرات الأجر الأدنى نظام 48 ساعة أسبوعيا و2400 ساعة سنويا.[83] إلا في حالة انخراط المؤسسة في النظام التكميلي كما سلف ذكره

[83]السيد بلال: الأعباء الاجتماعية للمؤسسة في مجال الضمان الاجتماعي، مداخلة في منتدى حول المؤسسة والضمان الاجتماعي، يومي 21-22 ماي 1999 نشرية المنتدى، الغرفة الفنيّة الاقتصادية بالمنستير.

خمسون سنة على إحداثها:

مجلة الشغل من التنقيحات إلى إعادة الصياغة

حاتم الورتتاني

أستاذ مساعد بالمعهد الوطني للشغل

و الدراسات الاجتماعية

يعد صدور مجلة الشغل سنة 1966[84] حدثا تاريخيا بارزا أسس لظهور قانون الشغل ولو بصفة متأخرة نسبيا مقارنة مع القوانين الاخرى كالقانون المدني أو القانون الجزائي[85]. ويعود ذلك بالأساس الى عدة عوامل تاريخية واقتصادية. وتتجلى أهمية هذا الحدث في تجميع مجلة الشغل لمختلف النصوص القانونية المشتتة[86]. حيث قامت اساسا بتجميع النصوص المتعلقة بميدان الشغل و العلاقات المهنية، فهي عبارة عن نص جامع لمختلف النصوص التي كانت مطلقة ومنها ما صدر في عهد الحماية. حيث تم في مرحلة أولى سنة 1946 تجميع مختلف النصوص صلب وثيقة عامة وعملية للتشريع التونسي المعتمد منذ انتصاب الحماية ، وتمت مراجعة محتوى الوثيقة و العمل بها الى حدود تاريخ الاستقلال.

حيث أن فكرة تقنين تشريعات العمل برزت منذ بداية الاستقلال وذلك بتكوين لجنة مهمتها تحرير مشروع مجلة الشغل[87]، و الذي أصبح حقيقة سنة 1966 وهو ما جعل منه في صبغته الشكلية على قدم المساواة مع جملة التشاريع المدونة كالتشريع المدني و الجزائي.

لكن ما يلفت الانتباه في هذه المجلة هو تعدد وتواتر التنقيحات التي أدخلت على أحكامها و التي نذكر منها تنقيح 30 أفريل 1970[88]و تنقيح أوت 1977[89] وتنقيحات فيفري 1994 و جويلية 1996... كل هذه التنقيحات بقيت جزئية ومحدودة الأهمية، و التي جاءت بالأساس استجابة لتطور الحياة الاقتصادية و العلاقات المهنية وحرصا من المشرع على تحقيق أكبر درجات التطابق بين التشريع الوطني و التشريعات الدولية الناتجة عن الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها تونس.

فمنذ اصدار مجلة الشغل تطورت الظروف الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية وتطورت التشريعات الدولية وهو ما تطلب من المشرع مواكبة المتطلبات الحياتية و المهنية و التغييرات الاقتصادية ونمط الانتاج وأنواع العمل وظروف الشغل و الاستجابة لواجب التلاؤم مع القوانين الدولية و المعايير التي تضعها مؤتمرات منظمة العمل الدولية من خلال الزامية المصادقة على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالمبادئ العالمية لتنظيم العمل والعلاقات المهنية.

ماهي آليات تحيين مجلة الشغل خلال خمسون سنة من احداثها وهل استوفت شروط التحيين أم أنها تحتاج لصياغة جديدة؟

هذه الحركية المميزة لمجلة الشغل، ولو بقيت جزئية تدفعنا للقيان بعملية *جرد تاريخية وتقييم* لمختلف التنقيحات المحدثة و التي بدورها تدفعنا الى طرح الاشكال المتمثل في مدى نجاعة التنقيحات و مساهمتها في تطوير مجلة الشغل (الجزء الأول) أم أنها تحتاج الى صياغة كلية جديدة؟ (الجزء الثاني).

---

[84] القانون عدد 27 لسنة 1966 المؤرخ في 30 أفريل 1966

[85] المنجي طرشونة (1983):"تاريخ قانون العمل في تونس"، مجلة العمل و التنمية"، العدد 1 ،الثلاثية الأولى 1983 ، ص 123.

[86] حافظ العموري (2004):"قانون الشغل"، ستد بيداغوجي لفائدة اطارات وزارة الشؤون الاجتماعية، ص 5.

[87] تعتبر مجلة الشغل رمزا للذاكرة القانونية وعراقة تدوين التشريع في تونس، التي عرفت قبل الحماية صدور "عهد الحقوق الأساسية" سنة 1857 واعتماد دستور سنة 1861 الذي يعد أول دستور للبلاد التونسية وأول دساتير البلدان العربية. كما تم في نفس الفترة الزمنية اصدار أول مجلة مدنية و جزائية لتليها بعد ذلك مجلة الالتزامات و العقود سنة 1906 ثم المجلة الجزائية سنة 1913.

[88] القانون عدد 20 لسنة 1970 المؤرخ في 30 أفريل1970 .

[89] القانون عدد 55 لسنة 1977 المؤرخ في 3 أوت 1977 .

I– مجلة الشغل خلال 50 سنة من الاستمرارية

لقد تزامن احداث مجلة الشغل في بدايته مع نمط اقتصادي واجتماعي خاص، تميز بفترة بناء اقتصادي وتحول نمطي يقوم في أساسه على التعاضد وعلى تطوير نمط الانتاج وتنويع نسيجه ويغلب في مجمله تكفل الدولة بمعظم القطاعات الصناعية و الادارية و الخدمات. وتتميز القوانين المنظمة للشغل و للعلاقات المهنية بتشتتها ولا ترقى في أكثرها لاكتساب صفة القوانين، فأغلبها أوامر علية مستمدة من التشريع الفرنسي الموجه لنمط اقتصادي مخالف للنمط الوطني.

وتبعا لذلك فان اصدار مجلة الشغل يعتبر مكسبا للأطراف الاجتماعية، حيث وفرت مدونة تجمع النصوص التنظيمية و الترتيبية في مجلة قانونية شاملة تقدم مرجعية وسندا تنظيميا كان مناسبا للفترة الزمنية الصادرة فيها. وبتطور العلاقات المهنية و النمط الاقتصادي المعتمد ووسائل الانتاج الى جانب تطور التشاريع الدولية [90](7)، كان لزاما أن تتطور معها مجلة الشغل ولكن هذه التطورات كانت *جزئية وفق تنقيحات أو نصوص تكميلية* وهي اجراءات قانونية وان كان الهدف منها ملائمة تشريع الشغل للعلاقات المهنية و للقوانين الدولية، الا أنها كانت ظرفية من ناحية وأوجدت في نواحي أخرى تناقضات وفراغات قانونية بل اعادت في جزء هام منها القواعد القانونية المنظمة لقانون الشغل الى التشتت وكثرة النصوص الجانبية التي هي في الاساس ضرورية، ولكن العلم بها يتطلب مجهودات ومتابعة و فطنة وهي من بين مساوء التحيين على مستوى الشكل بالاضافة الى المساوئ التي طرحتها التنقيحات على مستوى المضمون.

1–*التنقيحات و النصوص المكملة الخاصة بتحيين مجلة الشغل دوافع التنقيحات وظروفها*

تبعا لما تميزت به علاقات الشغل خلال الستينات من جمود و ركود، أثرا بصفة مباشرة على التشريع الاجتماعي، وهو نتيجة حتمية لاحتكار الدولة لمختلف المجالات الاقتصادية والسياسية وخاصة المجال الاجتماعي[91](8). وهو ما يعد نتيجة حتمية لتجربة التعاضد المعتمدة.

سنحاول التعرض الى أهم التنقيحات و التعديلات التي صدرت خلال خمسون سنة من عمر مجلة الشغل، مع التركيز بالأساس على أهم التعديلات و المحاور التي استرعت اهتمام المشرع.

فبداية من السبعينات ومع تراجع الدولة عن تجربة التعاضد واعتماد تمشي اقتصادي ليبرالي[92]، شهد التشريع الاجتماعي حركية حيث أدخلت عديد التنقيحات على مجلة الشغل شملت عديد المحاور أبرزها تلك المتعلقة بالعلاقات الجماعية. فتتالت التنقيحات اهمها التنقيح المدخل بمقتضى القانون عدد 20 لسنة 1970 المؤرخ في 30 أفريل 1970 والذي أدخل بمقتضاه تعديلات تهدف بالأساس الى تقنين العلاقات الجماعية وخاصة طرق فض النزاعات الشغلية الجماعية من أجل تركيز السلم الاجتماعية التي تعد من أبرز متطلبات المرحلة.

ثم تلاه بعد ذلك تنقيح سنة 1977[93]، الذي أولى أهمية الى تنظيم دوائر الشغل، حيث تم بمقتضى هذا القانون تعويض تسمية "مجلس العرف " بتسمية "دائرة الشغل" وذلك في جميع فصول مجلة الشغل، كما تم استبدال طريقة الانتخاب بطريقة التعيين بالنسبة للمستشارين بالدوائر الشغلية وذلك بعد اقتراح قائمات اسمية من قبل المنظمات النقابية للأعراف و العمال.

جملة التنقيحات السابقة الذكر بقيت في مجملها جزئية ومحدودة الاهمية، حيث لم تعالج النقائص العديدة التي تحتويها المجلة ولم ترتقي الى متطلبات المرحلة. هذا الركود التشريعي تواصل الى حدود سنوات التسعين، حيث عمل المشرع

---

[90] M.Despax : « Observations sur le droit du travail tunisien depuis l'indépendance ». Revue I.B.L.A.N°95-96. 1961, p380 et suite.

[91] LTAIEF AZEIZ Taher(2000) : « Tunisie : changements politiques et emploi (1956-1996) », Paris, l'Harmattan, p35.

[92] JEAN PIERRE Lachaud(1992) : « Le désengagement de l'Etat et les ajustements sur le marché du travail en Afrique francophone », Pub. Institut International d'Etudes Sociales, Genève, p 56.

[93] القانون عدد 55 لسنة 1977 المؤرخ في 3 أوت 1977 .

على ادخال تنقيحات واسعة ومعمقة شملت العديد من الفصول.خاصة في ظل الانفتاح الاقتصادي وبعد امضاء اتفاق الشراكة الممضى مع الاتحاد الأروبي في بداية التسعينات فكان أول هذه التنقيحات وذلك بمقتضى القانون عدد 29 لسنة 1994[94] ، وقد جاء هذا التنقيح على العديد من الفصول من أبرزها ما يتعلق بالنزاعات الفردية للعمل والنهوض بالحوار الاجتماعي داخل المؤسسة وذلك بدمج كل من لجنة المؤسسة ولجنة الصحة و السلامة المهنية واللجنة المتناصفة صلب هيكل تمثيلي وحيد وهو اللجنة الاستشارية للمؤسسة ، مع منحها صلاحيات متعددة تتعلق أساسا بمجال الصحة و السلامة المهنية و التأديب و الترقية.

كما شمل هذا التنقيح صلاحيات جهاز تفقدية الشغل وتدعيمها ، خاصة بالترفيع في قيمة الخطايا المسلطة في صورة عدم احترام مقتضيات تشريع الشغل والتي لم تعد تتماشى والواقع الاقتصادي و المهني ، الى جانب تطوير آليات تسوية نزاعات الشغل الجماعية.

كما تدخل المشرع في فترة وجيزة وذلك بإقرار تنقيح جويلية 1996 [95] حيث أدخل جملة من التعديلات على المجلة شملت أساسا مجال الانتداب وإحاطة دقيقة بعقد الشغل معين المدة وحالات اللجوء الى استعماله ، الى جانب الخوض في مسألة التأجير وإمكانية تحديد جزء من الأجر على أساس الانتاجية.

اضافة الى ذلك تطرق المشرع الى كل من منظومة الصحة و السلامة المهنية بجميع مكوناتها ، والى مسألة الطرد لأسباب اقتصادية أو فنية و التي ارتبطت بالظرف الاقتصادي الصعب الذي عرفته البلاد التونسية في بداية التسعينات حيث تم ضبط اجراءات وآجال عمل جهاز تفقدية الشغل من أبحاث ومحاولة صلحية وصولا الى جمع لجنة مراقبة الطرد وتحديد مشمولاتها وبتها في مطلب الطرد.

وتماشيا مع تطور العلاقات المهنية وسعيا الى ملائمة التشريع الوطني مع التشريع الدولي وتبعا للانتقادات الموجهة من قبل لجنة الحريات النقابية صلب منظمة العمل الدولية ، وكذلك استجابة لمطلب نقابي طال انتظاره أدخل المشرع التونسي تنقيحا جزئيا على مجلة الشغل سنة 2007 [96]، وذلك على اثر مصادقة الحكومة التونسية على الاتفاقية الدولية رقم 135 بشأن ممثلي العمال [97], والذي أقر من خلاله سحب الحماية على النواب التقابيين مثلهم مثل أعضاء اللجان الاستشارية ونواب العملة.

جملة هذه التنقيحات جاءت بالأساس من أجل تحيين مجلة الشغل وجعلها مواكبة لتطور العلاقات المهنية التي تتأثر بالتحولات الاقتصادية و الاجتماعية التي تعرفها تونس ، وكذلك من أجل ايجاد درجة عالية من التطابق مع التشريع الدولي. لكن التساؤل الذي يطرح حول نجاعة هذه التنقيحات وما أنتجته من تكامل أو تناقض على مستوى مجلة الشغل؟

2- تبعات التنقيحات الجزئية

على الرغم من التنقيحات العديدة المدخلة على مجلة الشغل و التي سعى من خلالها المشرع في محاولة منه الى ملائمة التشريع الوطني مع التشاريع الدولية ، والى مواكبة مختلف التطورات التي عرفتها العلاقات المهنية في ظل التحولات الاقتصادية و الاجتماعية التي شهدتها تونس. فان هذه التنقيحات أفرزت جملة من الاخلالاتو النقائص التي أثرت على نوعية العلاقات المهنية.

حيث كانت مجلة الشغل في زمن احداثها بمثابة *المدونة لتجميع الأحكام القانونية في مجال تشريع الشغل* وتضمنت بعض أحكامها صراحة أن بعض القواعد القانونية سيصدر في شأنها أوامر تنظيمية خاصة بها. وبتطور العلاقات المهنية صدرت

---

[94]القانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994.
[95]القانون عدد 62 لسنة 1996 المؤرخ في 15 جويلية 1996.
[96]القانون عدد 19 لسنة 2007 المؤرخ في 02 أفريل 2007.
[97]القانون عدد 15 لسنة 2007 المؤرّخ في 12 مارس 2007.

هذه الأوامر ولكن العلم بها لا يتأتى الا للمختصين، بل أن العديد من المختصين يفوتهم مواكبة هذه الاصدارات في غياب تضمين لها بملحق بمجلة الشغل.

هذه احدى العيوب الشكلية لإصدارات مجلة الشغل ، التي يجتهد الخبراء في اخراجها في احسن الاشكال وذلك باثرائها بملاحق من النصوص الترتيبية أو التنظيمية أو لقرارات لمحكمة التعقيب في اجتهادات شخصية لمساعدة المعنيين بايجاد سند عملي. ولكن ذلك يبقى مجرد اجتهادات شخصية لبعض الخبراء يستحق التنويه ولكنه محدود من حيث القيمة المرجعية لاعتماده على قراءة ذاتية للمتطلبات التي ارتأى الخبير المتعهد من زاوية شخصية ومن تقييمه الذاتي لما يجب أن ينشر من ملاحق مرفقة لمجلة الشغل، وأي كانت الاجتهادات فان السند لم يعد مجلة الشغل بل أصبح *مجلة الشغل و النصوص المكملة لها* وأحيانا النصوص التفسيرية و القرارات التعقيبية المتعلقة بها.

من بين هذه النصوص تلك المتعلقة بالصحة و السلامة المهنية [98] والمتعلقة بتركيز هياكل تمثيل العمال و نواب العملة [99] وبتنظيم العمل و الأجر في القطاع الفلاحي و المؤسسات المصنفة بالخطرة [100] و المؤسسات التي يحق لها اعتماد نظام العمل 54 ساعة أو 60 ساعة في الاسبوع وغيرها من النصوص المتعلقة بالأوامر التطبيقية الواجب وجودها لتطبيق الفصول القانونية المتعلقة بها و التي في غيابها يكون الفصل القانوني بمجلة الشغل لا معنى له.

الى جانب ذلك فان بعض الفصول التي لم يعد لوجودها ضرورة صلب مجلة الشغل ، من ذلك الفصل عدد 51 الذي أبقى على منع التفاوض في الاجور صلب الاتفاقيات المشتركة وعلى عدم الخوض في مسألة التصنيف المهني. و هي أحكام لم تعد سارية المفعول بعد صدور أمر سنة 1973[101].

ومن مساوئ مجلة الشغل على مدى وجودها، ما يرد بها من اختلافات *على مستوى المصطلحات* أو النص ذاته بين الطبعة باللغة العربية و الطبعة باللغة الفرنسية وهو ما يطرح امام الاطراف خاصة في ظل تنامي تواجد المؤسسات الاجنبية التي تعتمد في قراءتها على النص الفرنسي من ذلك مسألة رخصة الرضاعة للام العاملة الواردة بالفصل 64 من مجلة الشغل أو صلب مصطلحات تعريف التمثيل النقابي الواردة بالفصل 39 من المجلة وهي أمثلة على سبيل الذكر لا الحصر.

كما أن بعض *المصطلحات تختلف في مجلة الشغل من باب لآخر* حول تعريفات كان يجدر توحيدها تجنبا لكثرة التأويل، فأطراف الانتاج تتغير تسمياتهم صلب المجلة بما يضع اللبس في التطبيق فمرة يسمى العامل ومرة العون ومرة الأجير وهو ما طرح على سبيل المثال مسألة استحقاق أعوان الادارة الانتفاع بلباس الشغل [102].

هذا من حيث الشكل، أما من *حيث الجوهر* فان تطور النمط الاقتصادي و المهني و التشريعي استوجب ادخال تنقيح وتعديلات على بعض الفصول حتى تساير المعايير الدولية و التغيرات الاقتصادية و المهنية ولكنها أحدثت فراغات وتناقض من ذلك مثلا مسالة اليد العاملة الأجنبية حيث وردت تعديلات وتنقيحات تم بموجبها حذف أو الغاء فصول قانونية ولكن التعديلات تضمنت احالة الى الرجوع الى هذه الفصول الملغاة وهو تناقض ينبني على سهو أو تسرع أو عدم مراجعة كلية مثال ذلك أحكام الفصل 265 و268-2 والفصل 266 الذي يحيل الى الفصل 270 الملغى [103].

وبعض هذه التنقيحات لم تتناغم مع متطلبات المرحلة أو مع القوانين الاجتماعية المتعلقة بالحياة المهنية مثل الضمان الاجتماعي و العمل الفلاحي و التأجير و العلاقات المهنية الغير خاضعة لاتفاقيات مشتركة قطاعية.

---

[98] الفصل 152 من مجلة الشغل.

[99] الامر عدد 30 لسنة 1995 المؤرخ في 09 جانفي 1995.

[100] الفصل 295 من مجلة الشغل.

[101] الأمر عدد 247 لسنة 1973 المؤرخ في 26 ماي 1973 المتعلق بطريقة ضبط الأجور.

[102] الفصل 333 من مجلة الشغل "...فانه يتعين على المؤجرين أن يقدموا الى كل عون من أعوانهم القارين في غرة ماي من كل سنة بدلتين للشغل".

[103] - أقر الفصل 265 جديد أنه في صورة مخالفة أحكام الفصول 259 و 261 و 262 يعاقب عليها بخطية تتراوح بين 12 و 30 دينار. ثم يقر المشرع صلب الفصل 268-2 أنه في صورة مخالفة أحكام الفصل 262 ، يعاقب على معنى الفصلين 234 و 236 من المجلة ، أي بخطية تتراوح بين 24 و 60 دينار.
- كما يحيلنا الفصلين 265 و 266 الى الفصل 270 من نفس المجلة ، وهو فصل ملغى.

لقد بقيت مجلة الشغل محدودة في أحكامها وأوجدت فراغا تشريعيا أحيانا أو تفرقة مهنية بين المهن و القطاعات وظروف العمل بين العمال الخاضعين لأحكام اتفاقية مشتركة قطاعية، بل ان ابرام اتفاقية مؤسسة وفق أحكام مجلة الشغل مقيد بشروط جوهرية تجعل من اتفاقية المؤسسة غير ذات جدوى في غياب الاركان المنصوص عليها وهي اجراءات وشروط لا وجاهة موضوعية فيها خاصة وأن الشرط الاهم في التعاقد على اتفاقية مؤسسة يستوجب وجود امتيازات أكثر نفعا وإيداعها بالمحكمة. أما الترخيص المسبق أو وجود اتفاقية قطاعية فانه مجحف وفيه تقييد للإرادة التعاقدية غير موضوعي وغير مبرر وفيه من التعسف على امكانية تطوير العلاقات المهنية وتحسين ظروف العمل ومعايير المفاوضة داخل المؤسسة.

كما يمكن ذكر التنقيحات المتعلقة بالعقود المحددة المدة التي لم تقابلها تطوير *لعقود العمل في اطار المناولة* رغم أنها شكل من أشكال التعاقد الذي تطور وجوده دون أن تواكبه تطورات تشريعية حيث يقتصر تنظيمها على ثلاثة فصول لا غير[104]. وهو ما جعل منها مصدرا من مصادر أشكال التشغيل الهش ، و أفرزت وضعيات مهنية واجتماعية يغلب عليها التهميش.

كما يمكن طرح *مسألة التلاؤم بين قوانين الضمان الاجتماعي* التي تفرض لاستحقاق جراية شيخوخة في القطاع الغير فلاحي خمس سنوات أقدمية بينما في ظل غياب وجود الزامية الترسيم بعد اربعة سنوات من التعاقد، فان امكانية توقف المسار المهني للعملة في ظل التحولات و الصعوبات الاقتصادية يقلل من فرص التحصيل على مدة التربص الدنيا خاصة وأن الثلاثيات المعتبرة في احتساب الثلاثيات المخولة لاستحقاق جراية يجب أن لا تقل على ثلثي 32/ الأجر الأدنى. وأمام عدم الاستقرار في العمل و الانقطاعات المتكررة من مؤجر الى آخر، فان العامل يفقد استحقاق الجراية وفي هذا الاطار كان يجدر أن توجد مرونة أكثر في *سنوات التعاقد الى الخمس سنوات* مع ايجاد حماية في نفس الوقت تتعلق *بتعميم مكافأة نهاية الخدمة* لفائدة العملة الذين انتهت عقودهم على غرار العملة القارين.

كما أن تشريع الشغل بتونس شهد تطورات هامة في مساواة الأجر الأدنى الفلاحي بالأجر الأدنى الصناعي وباصدار الاتفاقية الاطارية المشتركة الخاصة بالقطاع الفلاحي وتطور المؤسسات العاملة في مجال تحويل المنتوج الفلاحي بالوسائل الصناعية و التقنية المتطورة وتطوير وسائل وآليات التفاوض وتطور التشريعات الدولية في مجال تدعيم مبادئ العمل اللائق و التأكيد على دور المفاوضة الاجتماعية داخل المؤسسة وهو ما يتطلب تعديل النصوص القانونية، فهل أن التنقيحات تكفي لمواكبة هذه التطورات و التغييرات؟

II– التحيين بين تنقيح التنقيح ومواصلة الترميم أواعادة الصياغة

تبعا لما تقدم فان مجلة الشغل لم تعد مصدر تنظيم للعلاقات الشغلية بالدقة المطلوبة و الحسم القانوني اللازم بل أنها تمثل مجالا للتأويل و الاختلاف لعدم تلاؤمها مع متطلبات المرحلة ولتطور التشاريع الدولية و المعايير الواردة بالاتفاقيات الدولية للعمل بالاضافة الى التناقضات الناتجة عن التعديلات و التنقيحات الجزئية ووجود فصول قانونية انتهت صلاحياتها لتعلقها بمرحلة محددة دون أن يتم الغاؤها.

هذا بالاضافة الى عديد الأخطاء المطبعية التي رغم مرور السنوات لم يتم اصلاحها. فأي شكل قانوني في مجال الشغل الذي يتلائم مع متطلبات المرحلة؟

1) المظاهر التشريعية و الاجتماعية و الاقتصادية و القانونية

سعيا منه الى التطوير الدائم لتشريع العمل و ملاءمته مع متطلبات التنمية الاقتصادية و الاجتماعية، عمل المشرع على ادخال جملة من التنقيحات التي شملت جوانب عديدة من مجلة الشغل. هذا السعي الدائم في محاولة للاستجابة الى الحركية المميزة للعلاقات المهنية لم ترتقي في أغلب الحالات الى تطلعات الأطراف الاجتماعية والى ارساء مناخ اجتماعي دائم.

---

[104] الفصول 28 و 29 و 30 من مجلة الشغل ، رغم أن مشروع التنقيح لسنة 1994 تضمن جملة من الفصول الدقيقة والهادفة الى التأطير القانوني لظاهرة المناولة و التي وقع حذفها.

ولبلوغ هذه التطلعات وجعل تشريع الشغل ملما بمختلف الجوانب المميزة للعلاقات المهنية ، وجب على المشرع الأخذ بالمعطيات التشريعية و التحولات الاقتصادية و الاجتماعية التي تشهدها تونس. الا أن الخيارات الاقتصادية وما تلاها من اصلاحات هيكلية أدت الى زعزعة مراكز العمل وتنامي ظاهرة العمل الهش.

ونتيجة لفشل السياسات المنتهجة واستفحال البطالة و الاقصاء الاجتماعي كانت ثورة سنة 2011 ثورة اجتماعية بامتياز باعتبار قيامها على المطالبة بحقوق اجتماعية ومنها الحق في العمل اللائق. وباعتبار أن التشغيل كان من أبرز استحقاقات المطالب الثورية ، ولقد شهد العمل تحولا عميقا في اطاره القانوني والمؤسساتي ليرتقي الى حق دستوري من بين جملة الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية.

هذا المعطى الاجتماعي و التشريعي الذي عرفته تونس ، يعد من أبرز المعطيات و المستجدات الواجب أخذها بعين الاعتبار الى جانب جملة من الظروف الوطنية و الدولية التي طرأت على العلاقات المهنية ، جعلت مراجعة مجلة الشغل في اطار نظرة شمولية متكاملة ضرورة تاريخية. من بين هذه المستجدات نذكر:

1 تطور العلاقات المهنية.
2 تطور النسيج الاقتصادي و الاجتماعي.
3 تطور القوانين الدولية المتعلقة بمبادئ العمل اللائق ومصادقة تونس عليها.
4 تطور الحوار الاجتماعي و الهياكل التمثيلية للعمال و الخارطة النقابية.
5 وجود فصول قانونية تجاوزتها الأحداث.
6 غياب نصوص تطبيقية رغم الاشارة لصدورها اللاحق بالفصول الواردة بمجلة الشغل مما يعني فراغها من قيمتها القانونية.
7 كثرة النصوص التطبيقية المكملة لمجلة الشغل.
8 كثرة النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم العلاقات المهنية.
9 عدم اصلاح الأخطاء اللغوية و المطبعية.
10 تناقض بين الفصول القانونية.
11 الصعوبات الاقتصادية أو الفنية.
12 انتشار المؤسسات الأجنبية.
13 تنوع أشكال التشغيل وعقود التكوين وهشاشة بعض أنواع العقود (المناولة).
14 تطور العمل الفلاحي و التحويل الفلاحي وصدور اتفاقية اطارية منظمة للقطاع.

2- متطلبات المرحلة

لم تعد التنقيحات و التعديلات كافية لتحيين مجلة الشغل ،بل أن متطلبات المرحلة تبرز الحاجة الى تدخل واسع من طرف المشرع على عكس دول أخرى أين أصبح التشريع التعاقدي الناتج عن العقود المشتركة يحتل المرتبة الأولى. هذا التدخل المعمق المستوجب يجب أن يشمل جزأين أساسيين وهما :

جزء أول يتعلق بالشكل، حيث يجب الحديث عن *مدونة تشريع الشغل* وليس عن مجلة الشغل وذلك نظرا لكثرة النصوص التطبيقية المتعلقة بها و القوانين المنظمة للعلاقات المهنية. حيث يقتصر اصدار مجلة الشغل في شكلها الحالي على اجتهادات الخبراء بتظمينها ملاحق من تعاليق أو بعض القرارات التعقيبية أو بعض الأوامر التطبيقية و التي لم تكن أبدا كلية وشاملة.

فتشريع الشغل يجب أن يضمن عن طريق مدونة تجمع جملة القوانين و الأوامر المتعلقة بتنظيم العلاقات المهنية حتى تكون الأحكام معلومة وفي متناول طالبها من أطراف اجتماعية أو خبراء أو ادارة أو باحثين.

وثانيا جزء يتعلق بالموضوع ، حيث تستوجب مجلة الشغل و القوانين المتعلقة بها اعادة صياغة تبني للمرحلة المطلوبة و تتلائممع القوانين والمعايير الدولية وتتلائم مع خصوصيات المجتمع التونسي من حيث النسيج الاقتصادي و الاجتماعي ، وتقطع مع الاخطاء و التناقضات والنقائص الموجودة حاليا في مجلة الشغل. وهو ما يحيلنا الى التساؤل حول كيفية اعادة الصياغة.

تتطلب اعادة الصياغة للتشريع المتعلق بقانون الشغل *فتح استشارة عمل* تشارك فيها بآرائها ومقترحاتها الفئات التالية:

- الأطراف الاجتماعية بكامل مشهدها التعددي
- ادارة العمل من مراقبين ومتفقدين
- ادارة الشغل باعتبارها وفق التنظيم الاداري لوزارة الشؤون الاجتماعية تتولى تفسير النصوص القانونية حيث يمكنها الافادة بتقرير مرجعي حول النصوص التي تحتاج لتطوير أو التي تعرف صعوبات تطبيقية قصد العمل على تحيينها وتعديلها
- خبراء منظمة العمل الدولية ومكتب العمل العربي لملائمة التشريعات مع المعايير الدولية و الاقليمية وضمان المصادقة من المنظمة الدولية.
- قضاة الدوائر الشغلية لاطلاعهم على النزاعات الشغلية ومدى تلاؤم القوانين مع المسائل المطروحة عليهم من خلال مباشرتهم للقضايا المعروضة عليهم.
- أساتذة القانون الاجتماعي في اطار طرح أكاديمي للقانون الاجتماعي.
- محكمة التعقيب من خلال تجميع القرارات التعقيبية المتعلقة بالمسائل الشغلية.
- ورشات عمل بعد الاستشارة الموسعة وتجميع جملة المستندات والآراء المذكورة سابقا ،تتولى وزارة الشؤون الاجتماعية بالتنسيق مع مكتب العمل الدولي اعداد كتيب يتضمن جملة الآراء والقرارات التعقيبية و الاستشارات القانونية المذكورة في نطاق الاستشارة الموسعة ودعوة الأطراف المشاركة لاعداد مدونة تشريع شغل تحتوي على مجلة شغل
- معاصرة و بالنصوص التطبيقية المتعلقة بها، ثم عرضها على مجلس النواب.

المراجع

حافظ العموري (2004):"قانون الشغل"، سند بيداغوجي لفائدة اطارات وزارة الشؤون الاجتماعية، 100 صفحة.

المنجي طرشونة (1983):"تاريخ قانون العمل في تونس"، مجلة العمل و التنمية"، العدد 1 ،الثلاثية الأولى 1983 ، صص 119 -139.

LTAIEF AZEIZ Taher (2000) : « Tunisie : changements politiques et emploi (1956-1996) », Paris, l'Harmattan, 290 pages.

M.Despax (1961) : « Observations sur le droit du travail tunisien depuis l'indépendance ». Revue I.B.L.A.N°95-96. pp380-390.

JEAN PIERRE Lachaud (1992) : « Le désengagement de l'Etat et les ajustements sur le marché du travail en Afrique francophone », Pub. Institut International d'Etudes Sociales, Genève, 250 pages.

الحوار الاجتماعي كآلية لتطوير وإصلاح قوانين الشغل

نموذج حالة المغرب

الأستاذ كمال الهشـــــــــومي

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين السبع

جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء/ المغرب

إن تكريس السلم الاجتماعي بين أطراف علاقات الشغل، رهان استعصى تحديه بالنسبة لجل تشريعات الشغل، والتي اختلفت في توفير الآليات القانونية لتدبير تلك العلاقات وفض النزاعات خاصة الجماعية منها. وذا كانت النزاعات التي قد تفرزها علاقات الشغل الفردية تتم تسويتها من عدة قنوات قانونية، فان أهم تسوية نزاعات الشغل الجماعية وتطبيع علاقات الشغل عموما بين أطراف تلك العلاقات، تنتصب أساسا على كل من الاتفاقيات الجماعية والمفاوضة الجماعية ومسطرة تسوية ذلك الصنف من النزاعات؛ وهو ما يتم التوصل إليه عن طريق الحوار المفتوح والمتبادل من مختلف الفرقاء الاجتماعيين.

ويحتل هذا الحوار بين مختلف الفرقاء المعنيين مباشرة مكانة هامة في تنظيم العلاقات المهنية باعتباره إحدى الركائز الأساسية لتطوير هذه العلاقات وتحسينها وإقرار السلم الاجتماعي بمختلف الوحدات الإنتاجية. فحيثما لا تلتقي مصالح مختلف شرائح المجتمع،من الطبيعي أن يكون بمستطاع الناس المتأثرين بالقرارات أن يطالبوا باحتياجاتهم، ويعربوا عن رغبتهم في المشاركة في عمليات صنع القرار ككل، أو يؤثروا في القرارات النهائية،بغية إيجاد توازن سليم في المصالح من جانب الحكومات وصانعي القرارات الآخرين. وهو مطلب ومبدأ اجتماعي أساسي ديمقراطي وطبيعي ينطبق على المؤسسات السياسية العامة للديمقراطية وعلى عالم العمل على حد سواء.

وإذا كانت الاتفاقيات الجماعية في العديد من البلدان والأنظمة تعرف بعض التعثرات بين الفينة والأخرى تعثرات بخصوص وتيرة إبرامها، وتتعذر حظوظ تناميها بفعل عدة عوامل، والتي تعود أساسا لطبيعة العلاقة بين أطراف الشغل من جهة، ونوعية النظام القانوني المؤطر لتلك الاتفاقيات في ظل تشريع الشغل السابق من جهة أخرى، كما عرفت مسطرة تسوية نزاعات الشغل الجماعية نفس المصير لفقدان ثقة المنظمات النقابية في طبيعة تشكل هياكلها، فان هذا الحوار كمؤسسة منظمة وهادفة وذات نتائج لا يمكن أن تكون فاعلة وناجعة إلا في حالة توفرها على مرجعية ومنظومة قانونية سواء على المستوى الدولي أو الوطني تضبط عملها وطريقة تفعيلها.

لقد حظي مفهوم الحوار الاجتماعي باهتمام منظمة العمل الدولية، إذ صادق المؤتمر الدولي للشغل سنة 1949 على الاتفاقية رقم 48 المتعلقة بالتنظيم والمفاوضة الجماعية، كما صادق سنة 1981 على الاتفاقية 154 حول المفاوضة الجماعية. وفي نفس السياق صادق مؤتمر العمل العربي لسنة 1979 على الاتفاقية رقم 11 بشأن المفاوضة الجماعية والتي جاء في ديباجتها: "إن المفاوضة الجماعية هي الوسيلة الفعالة لتنظيم علاقات العمل على أسس عادلة بما يتماشى مع التطور الاقتصادي والاجتماعي، وأنها تكتسي سمة خاصة حيث تلتقي فيها إرادة الطرفين لتنظيم شروط وظروف العمل وتحديد الحقوق والمزايا التي تقرر للعمال بما يحقق السلم الاجتماعي والعدالة الاجتماعية".

أما على مستوى التشريعات المقارنة؛ فنلاحظ أن جلها لم يخصص للحوار الاجتماعي أو كما يسمى بالمفاوضة الجماعية نظاما قانونيا مستقلا بذاته، فباستثناء مدونة الشغل المغربية وقانون العمل المصري، اللذين وفرا أحكاما خاصة به، في حين اختار كل من قانون الشغل الفرنسي وقانون العمل الجزائري ومدونة الشغل الموريتانية معالجة المفاوضة

والحوار من خلال المقتضيات القانونية المنظمة للاتفاقيات والاتفاقات الجماعية للشغل، أما مدونة الشغل التونسية فلم تعرف سوى بعض أشكال الاستشارة على مستويات متعددة، في حين يكاد يغيب هذا النظام في قانون العمل الليبي[105].

وعليه يعتبر الحوار الاجتماعي من المصادر الأساسية التي تدفع في اتجاه تنظيم وتطوير الحوار بين المعنيين، ومن المراجع المحورية لمأسسة الإطار القانوني الذي يوجه عامة شروط وكيفية هذا الحوار، بما يضمن من حقوق ويرتب واجبات ترتبط أساسا بعلاقات العمل القائمة بين الأجير ورب العمل. وقد اعتمدت مجموعة من الدول هذا الحوار الاجتماعي من أجل تطوير ترسانتها التشريعية والقانونية المتمثلة خاصة في تشريع علاقات العمل؛ كقانون العمل، او مدونة الشغل، أو تشريع الشغل، أو أية تسمية ذات طبيعة خصوصية حسب ما تفرضه الوضعية في كل بلد.

وبناء على ما سبق ستحاول هذه الورقة العلمية، محاولة تقديم دراسة مقتضبة حول أساسيات ومكونات الحوار الاجتماعي كمرجع وكمصدر لتطوير الترسانة القانونية لعلاقات الشغل، بالاعتماد على دراسة حالة المغرب، وكيف ينظم ويقدم حواره الاجتماعي في هذا الصدد تطويرا لتشريعه الخاص بالشغل.

المبحث الأول: المفهوم والمرجعية القانونية للحوار الاجتماعي

المطلب الأول: مفهوم الحوار الاجتماعي وإطاره القانوني والموضوعي

الفقرة الأولى: مفهوم وماهية الحوار الاجتماعي:

مع بدايات القرن العشرين، ظهر مصطلح الحوار الاجتماعي، ويقصد به كما تشير أدبيات منظمة العمل الدولية "مشاركة العمال وأصحاب العمل والحكومات في صنع القرار بشأن مسائل العمالة والعمل...، وهو يشمل كافة أنواع المفاوضة والتشاور وتبادل المعلومات فيما بينها بشأن المصالح المشتركة في السياسة الاقتصادية والاجتماعية وسياسة العمل"[106]. وعامة ساعد انتشار مفاهيم الديمقراطية والمساواة وحقوق الإنسان على تطوير هذا المفهوم. وباعتباره يهدف إلى استتباب السلم الاجتماعي واستقرار العلاقات المهنية والحفاظ على رصيد الشغل. كما يعتبر على المستوى الاقتصادي أداة هامة لتحريك وتنشيط الحياة الاقتصادية وتوفير المناخ الملائم لتطوير الإنتاج وتمكين المقاولات من مواجهة التحديات الاقتصادية التي تفرضها العولمة والتنافسية الاقتصادية....لأجل ذلك سبق لكل من منظمة العمل الدولية ومنظمة العمل العربية أن أصدرتا العديد من الاتفاقيات والتوصيات التي أقرت الحق في المفاوضة الجماعية، وحقوق أخرى تعزز ذلك الحق خاصة ما يتعلق باليات ممارسته من طرف ممثلي الأجراء، ومن ضمنها أساسا مبدأ الحرية النقابية .

ويعتبر الحوار الاجتماعي بحد ذاته ليس مفهوما حديثا، فهو موجود بأشكال مختلفة منذ عقود طويلة ولكن أهميته تزايدت في العقود الأخيرة من القرن الماضي، وتصاعد الحديث عنه بتراجع حدة الصراع القائم على أساس طبقي، وخاصة بعد انهيار منظومة الدول الاشتراكية، وترسخ اقتصاد السوق في كافة دول العالم، ويأخذ الحوار الاجتماعي أشكالا مختلفة ولكنه بالمفهوم المطلوب لم يأخذ بعده الكامل بعد. فأمام التطورات السريعة التي يعرفها العالم وما يترتب عليها من أزمات اقتصادية واجتماعية في إطار نظام العولمة وعلاقتها بالعدالة الاجتماعية، بدأت أطراف الإنتاج المختلفة والتي تتشارك في مصالحها، وتتضارب بالبحث عن وسائل جديدة تستطيع من خلالها تحقيق حد أدنى من التفاهم لتحقيق ما يمكن الاتفاق عليه، وتدرك ما ينبغي للآليات القانونية والتشريعية القائمة. وبذلك أعيد التأكيد على نموذج الإدارة السديدة للحوار الاجتماعي في منظمة العمل الدولية في عدد من المناسبات. ومنذ عهد أقرب في إعلان العدالة الاجتماعية من أجل عولمة عادلة، الذي اعتمده مؤتمر العمل الدولي عام2005[107]. والحوار الاجتماعي هو المصطلح الذي يصف مشاركة العمال وأصحاب العمل والحكومات في صنع القرار بشأن مسائل العمالة ومكان العمل. وهو يشمل كافة أنواع المفاوضة والتشاور وتبادل

---

[105]- محمد الشرقاوق- النظام القانوني للمفاوضة الجماعية- دار الآفاق المغربية 2014- ص 5

[106]- مكتب العمل الدولي – الحوار الاجتماعي (ILC.102/VI)- 2013 الصفحة 5

[107]- مكتبالعملالدولي :إعلانمنظمةالعملالدوليةبشأنالعدالةالاجتماعيةمنأجلعولمةعادلة،مؤتمرالعملالدولي،الدورة97، جنيف 2008.

المعلومات فيما بين ممثليهذهالمجموعاتبشأنالمصالحالمشتركةفيالسياسةالاقتصاديةوالاجتماعيةوسياسةالعمل.ويشكل الحوار الاجتماعي في الوقت نفسه وسيلة لتحقيق التقدم الاجتماعي والاقتصادي وهدفاً بحد ذاته، إذ يمنح الناس صوتاً وحافزا في مجتمعاتهم وأماكن عملهم[108].

ويمكن أن يكون الحوار الاجتماعي ثنائياً، بين العمال وأصحاب العمل(وهو ما تشير إليه منظمة العمل الدولية بمصطلح: "الشركاء الاجتماعيون")أو ثلاثياً، حيث تنضم الحكومات إليهم. وقد يتخذ الحوار الاجتماعي الثنائي شكل مفاوضة جماعية أ وأشكالاً أخرى من التفاوض والتعاون ومنع النزاعات وتسويتها. أما الحوار الاجتماعي الثلاثي فيضم العمال وأصحاب العمل والحكومات من أجل مناقشة السياسات العامة والقوانين وغير ذلك من إجراءات صنع القرار التي تؤثر في مكان العمل أو في مصالح العمال وأصحاب العمل.

وبهذه الصيغة يهدف الحوار الاجتماعي إلى إيجاد أرضية لضمان استمرار العملية الإنتاجية والاقتصادية وحل الإشكاليات بين أطرافها، اللذين غالبًا ما تتسم مصالحهم بالتضارب، بأسلوب يسمح لجميع الأطراف بتبادل واستعراض وجهات نظرها بشأن القضايا موضوع الخلاف، بدلا من الاتجاه إلى التصلب في المواقف الذي قد ينشأ عنه تزايد حدة الخلاف وتأثر العملية الانتاجية بالتوقف أو بالتباطؤ. كما يساهم الحوار في تعزيز وتنمية العلاقات الاجتماعية في مكان العمل والسعي إلى تحقيق قدر من العدالة في علاقات هذا العمل،إضافة إلى تحسين السياسات المرتبطة به، وله تأثير مباشر على الأمن والسلم المجتمعي الذي يشكل عنصرا أساسيا في معادلة التنمية.

استنادا لذلك يعتبر الحوار الاجتماعي هدفا بحد ذاته، وهو وسيلة لتحقيق جملة من الأهداف والمتطلبات الاجتماعية والاقتصادية. ورغم ذلك تجدر الإشارة إلى انه ليس هناك مفهوم دقيق متفق عليه للحوار الاجتماعي، حيث ينظر البعض إلى هذا الحوار نظرة شاملة تعكس أي مفاوضة أو مشاورة من أي نوع داخل المجتمع تقوم بها جميع فئاته أو بعضها، من أجل صياغة قرارات تحقق مصلحة المجتمع المعني، ويمكنها أيضا بمعنى أشمل أن تغطي مواضيع من أية طبيعة كانت، ولكنها تهدف إلى التركيز على مواضيع مختلفة مرتبطة بالمجتمع كالاقتصاد والتعليم والصحة والعمل. ويمكن اعتبار التعريف الأكثر دقة وتحديدا للحوار الاجتماعي يرتبط بالفئات الاجتماعية ذات المصالح المتضاربة، والتي قد تؤدي العلاقات فيما بينها إلى قيام نزاعات قد تكون نتيجتها نشوء اضطرابات اجتماعية إذا لم يتم التوصل إلى حلول سريعة لها، وإلى انعكاسات سلبية على الاقتصاد وعلى الاستقرار الاجتماعي.

وعموما في جانب المفاهيم، فانه ليس هناك مفهوم دقيق متفق عليه للحوار الاجتماعي، على أن التعريف الأكثر دقة وتحديدا للحوار الاجتماعي، يرتبط بالفئات الاجتماعية ذات المصالح المتضاربة، والتي قد تؤدي العلاقات فيما بينها إلى قيام نزاعات قد تكون نتيجتها نشوء اضطرابات اجتماعية إذا لم يتم التوصل إلى حلول سريعة لها، وإلى انعكاسات سلبية على الاقتصاد، وعلى الاستقرار الاجتماعي، ولهذا السبب يتم التركيز على ضرورة اشتراك العناصر الرئيسة للحوار الاجتماعي بمفهومه الراهن.

الفقرة الثانية: المرجعية القانونية والموضوعية للحوار الاجتماعي

عامة تنظم القوانين الوضعية العمل والضمان الاجتماعي على سبيل المثال؛ العلاقات بين الأطراف المختلفة ذات المصالح المشتركة والمتضاربة، وبتعبير آخر أطراف الإنتاج الثلاثة. وعمليا فإن هذه القوانين تعكس في مرحلة من المراحل توازن القوى بين هذه الأطراف لكنها لا تعكس بالضرورة العدالة المطلوبة. وخلال مؤتمر العمل الدولي عام 2005 من خلال إعلان العدالة الاجتماعية من أج لعولمة عادلة[109]،والذي أكد من جديد على دور الهيكل الثلاثي والحوا ر الاجتماعي بين الحكومات ومنظمات العمال ومنظمات أصحاب العمل،باعتباره عنصراً حيوياً للتماسك الاجتماعي ولترجمة التنمية الاقتصادية إلى تقدم اجتماعي. وفي سنة 2009،وفي مواجهة استمرار الأثر الاجتماعي للأزمة،اعتمدت الهيئات المكونة لمنظمة

---

[108]- مكتب العمل الدولي جنيف- المؤتمر الدولي للعمل الدورة 2013/102، التقرير السادس، ص 5

[109]- مكتبالعملالدولي :إعلانمنظمةالعملالدوليةبشأنالعدالةالاجتماعيةمنأجلعولمةعادلة،مؤتمر العملالدولي،الدورة97، جنيف 2008.

العمل الدولية"الميثاق العالمي لفرص العمل"،الذي يشدد على أنّ" الحوار الاجتماعي هوأساس متين لبناءالتزام أصحاب العمل والعمال بالاضطلاع مع الحكومات بالعمل المشترك و المطلوب لتخطي الأزمة وتحقيق انتعاش مستدام"، ويشدد الميثاق على أنّ السعي لاعتماد سياسات وحلول متضافرة في سياق ثلاثي، من شأنه أن يجنب "سباقاً نحو الأسفل"في الحماية الاجتماعية[110].

بقدر اهتمامها بتقرير الحق في التنظيم النقابي امتدادا وتعزيزا لاتفاقية الدولية رقم 87 المتعلقة بالحرية النقابية وحماية الحق النقابي الصادرة في سنة 1948، عملت الاتفاقية الدولية رقم 98 المتعلقة بالحق في التنظيم والمفاوضة الجماعية الصادرة عن منظمة العمل الدولية في سنة 1949، وتحديدا في فصلها الرابع على إقرار حق المفاوضة الجماعية وتنظيمه سواء من حيث تحديد أطراف المفاوضة الجماعية أو موضوعها أو نطاق تطبيقها.

وبناء على هذا السياق عنيت منظمة العمل الدولية منذ وقت مبكر بالحق في المفاوضة الجماعية، وذلك من خلال العديد من الدراسات التي قام بها واشرف عليها المكتب الدولي للشغل، والندوات التي نظمها بشأن أهم اتفاقية متعلقة بذلك الحق رقم 98، حيث اشرف المكتب الدولي للشغل على دراسات متعلقة بالموضوع خلال سنوات 1956- 1957- 1959- 1973- 1983- 1994[111]، كما نظم بجنيف من 2 إلى 6 نونبر 1987 ندوة هامة حول "المفاوضة الجماعية في البلدان الصناعية ذات اقتصاد السوق" بمساهمة 140 مشاركا من مختلف الأوساط الحكومية والمشغلين والأجراء والباحثين من عدة دول أروبية وأمريكية[112].

لقد عملت منظمة العمل الدولية على توفير مرجعيات موثقة حول المفاوضة الجماعية، موجهة أساسا كدليل لأطراف علاقة الشغل، من اجل مدهم بالآليات العامة للمفاوضة وأدواتها ومجرياتها ودواليبها ودور السلطات العامة فيها، وغير ذلك من الأدبيات التي من شأنها أن تمرن أولئك الأطراف على خوض المفاوضة الجماعية منذ تدشينها إلى حين إبرام الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية للشغل التي قد تسفر عنها، حيث تم إنتاج أول كتاب في هذا الشأن للمكتب الدولي للشغل حول المفاوضة الجماعية والذي كان مخصصا للتربية العمالية فى شهر ماي من سنة 1960، ويتعلق الأمر بكتاب: . les « négociations collectives–cours d'évaluation ouvrière »[113]

واهم ما يميز المفاوضة الجماعية لدى منظمة العمل الدولية "على مستوى تشكلة جميع أجهزتها، وخلافا للعديد من المنظمات الدولية المتخصصة تلك التمثيلية الثلاثية الأطراف المعنية، حيث يتواجد كل من ممثلي الدول وممثلي أرباب العمل وممثلي العمال، وتتموقع هذه الأطراف بالتساوي مع الأطراف الأولى سواء عند سريان المناقشات أو عند اتخاذ القرارات...." [114].

وإذا كان المكتب الدولي للشغل قد عمد بداية وهو يقرر حق المفاوضة الجماعية، إلى تعريفها بكونها تلك التي "تجري بين مجموعة من الأجراء بصفتهم تلك أو عن طريق نقابتهم من جهة ومشغل أو مجموعة من المشغلين من جهة أخرى، وبالنظر للعدد اللامتناهي لأشكال المفاوضة الجماعية الذي قد يجعل الاستقرار على تعريف واحد مقبول كونيا أمرا متعذرا، فقد ارتأى المؤتمر الدولي للشغل إصدار اتفاقية دولية جديدة رقم 154 في سنة 1981 حول المفاوضة الجماعية، وحيث أصبح معها مصطلح "المفاوضة الجماعية" ينطبق –حسب الفصل الثاني- على جميع المفاوضات التي تجري بين مشغل أو مجموعة من المشغلين أو منظمة أو عدة منظمات للمشغلين من جهة، ومنظمة أو عدة منظمات للأجراء من جهة أخرى وذلك من أجل:

- تحديد ظروف الشغل والتشغيل؛
- و(أو) تنظيم العلاقات بين المشغلين والأجراء؛

110- مكتبالعملالدولي :خطةالعمل(201-2016)؛ نحوالتصديقواسعالنطاقعلىاتفاقياتالإدارةالسديدةوتنفيذهاعلىنحو فعال، جنيف 2011،الصفحة:5.

111 -B.I.T « Liberté syndicale et négociation collective »- 1994.P.1 .

112 -Guy CAIRE « la négociation collective « Col.Que-sais-je ? Ed.P.U.F.1992.

113 - B.I.T « négociation collective »-1986.2 ED.P-5 .

114- محمد الشرقاني"علاقات الشغل بين تشريع الشغل ومشروع مدونة الشغل" – يناير 2003- الطبع والتوزيع لدار القلم – الرباط.ص.ص.29-30.

- و (أو) تنظيم العلاقات بين المشغلين أو منظماتهم ومنظمة أو عدة منظمات للأجراء؛

وعلى الرغم من ذلك فقد ظل هذا االتعريف – في نظر المؤتمر الدولي للشغل – والمحدد أساسا لأطراف المفاوضة الجماعية غير مناسب وغير مكتمل بالنظر لما قضى به الفصل اللاحق (الثالث) من الاتفاقية المذكورة من إمكانية استيعاب مصطلح "المفاوضة الجماعية"، فضلا عما سبق، للمفاوضات التي قد تجري مع الممثلين المنتخبين للأجراء غير أولئك الممثلين النقابيين وذلك حسب ما قد يحدده تشريع أو ممارسة على مستوى الوطني.

أما من حيث المستفيدون من حق المفاوضة الجماعية – بغض النظر عن فئة الأجراء – فيلاحظ أن منظمة العمل الدولية قد عمدت إلى الإحالة صراحة على التشريعات الوطنية بخصوص فئة قوات الجيش والشرطة، في إطار الاتفاقية الدولية رقم 98 (الفقرة الأولى من الفصل الأول) أو الاتفاقية الدولية رقم 151 الصادرة سنة 1978 والمتعلقة بعلاقات الشغل في الوظيفة العمومية (الفقرة الثالثة من الفصل الأول).

بخصوص الموظفين العموميين فقد قضت صراحة الاتفاقية الدولية 98 في فصلها السادس بأنها لا تهم وضعية الموظفين العموميين، وان كان – بالمقابل – لا يجب بأي حال من الأحوال أن تؤول بكونها تمس بحقوقهم وبأنظمتهم.

لذلك صدرت الاتفاقية الدولية رقم 151 لتضمن في فصلها الثامن إمكانية المفاوضة لحل النزاعات بين السلطات العمومية والعاملين بها بخصوص تحديد ظروف الشغل أو إمكانية اللجوء إلى الوساطة أو المصالحة أو التحكيم، وسيتعزز هذا الحق لصالح الموظفين بصدور الاتفاقية الدولية 154، والتي إذ قررت ذلك المبدأ أحالت على التشريعات الوطنية بخصوص الكيفيات الخاصة بشأن تطبيق مقتضياتها على العاملين بالوظيفة العمومية[115] . أما التوصية الدولية رقم 163 الصادرة عن منظمة العمل الدولية بشأن إنعاش المفاوضة الجماعية، والتي إذ وفرت الآليات والوسائل القانونية لتحقيق ذلك الانتعاش، تكون قد دعمت الاتفاقية الدولية رقم 154 في تقريرها لحق المفاوضة الجماعية.

ومنذ اتفاقياتها وتوصياتها الأولى دعت منظمة العمل الدولية التشريعات الوطنية إلى تقرير التشاور والتعاون بين الفرقاء الاجتماعيين، سواء كمبدأ وكحق لهؤلاء الفرقاء، أو على سبيل تحديد مستويات ذلك التشاور والتعاون، أو على مستوى إعطاء الأولوية لهذا التشاور في بعض مجالات تنظيم الشغل والتشغيل.

أما على المستوى الإقليمي فتجدر الإشارة أوربيا إلى أن الميثاق الوحيد المتمم لاتفاقية روما كان يقضي في فصله B-118 على أن: "تعمل اللجنة على تنمية الحوار بين الفرقاء الاجتماعيين على المستوى الأوربي، حوار من شأنه أن يؤدي- إذا رغب أولئك الأطراف في ذلك – إلى علاقات التشريعات الوطنية بخصوص كثير من مقومات الاتفاقية". لكن إشكالات عديدة ظلت تعترض تفعيل هذا المقتضى بالنظر لتباين مواقف التشريعات الوطنية بخصوص كثير من مقومات المفاوضة الجماعية القانونية والاجتماعية، منها أساسا نوعية التمثيلية النقابية في المفاوضة الجماعية، ومستوياتها وحدود الالتزام بالتفاوض ومدى القوة الملزمة لما قد ينبثق عن الهياكل المشرفة أو المراقبة للمفاوضة الجماعية من قرارات أو توصيات.

وفي نفس الاطار تجدر الإشارة إلى المادة السادسة من الميثاق الاجتماعي الأوربي[116]، والتي قررت للمشغلين والأجراء ممارسة حق المفاوضة الجماعية بل حتى للموظفين حسب لجنة الخبراء المستقلين"[117]. وهو الحق الذي رتبت عليه المادة 6 عدة حقوق منها أساسا؛ وضع أنظمة لمساطر المفاوضة الجماعية الحرة بين الأطراف من اجل تنظيم ظروف الشغل باتفاقيات جماعية (الفقرة 2)، وكذا وضع مساطر مناسبة للمصالحة والتحكيم لتسوية نزاعات الشغل (الفقرة3)، وكذا حق الطرفين في خوض حركات جماعية بما فيها الإضراب مع مراعاة الالتزامات الناتجة عن اتفاقيات جماعية سارية (الفقرة4). وحيث اعتبر آنذاك –من خلال هذا المقتضى الأخير- إن حق الإضراب قد تم الاعتراف به لأول مرة في اتفاقية

115- الفقرة الثالثة من الفصل الأول.

116- الموقع سنة 1961 والذي دخل حيز التنفيذ سنة 1965.

117- تتكون هذه اللجنة من أعضاء معينين من مجلس وزراء المجلس الأوربي، يعهد إليهم بتقديم مستنتجاتهم حول مقتضيات الميثاق وذلك في ضوء التقارير الحكومية وكذا المنظمات المشغلين والأجراء.

دولية، بل إن الحق في التفاوض سيصنف ضمن الحقوق الأساسية في إطار "ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوربي" الذي أعلن عنه في نيس يوم 7 دجنبر 2000.

لقد جاءت المادة 28 من الميثاق المذكور صريحة في النص على أن "للعمال والمشغلين أو منظماتهم طبقا للقانون الأوربي والممارسات الوطنية، الحق في التفاوض وإبرام الاتفاقيات الجماعية على المستويات المناسبة، وكذا اللجوء – في حالة النزاعات المصلحية – إلى الحركات الجماعية من أجل الدفاع عن مصالحهم بما فيها الإضراب".

أما على المستوى العربي، معلوم أن منظمة العمل العربية ومن خلال عدة اتفاقيات صادرة عنها خاصة اتفاقية رقم 11 لسنة 1979 بشأن المفاوضة الجماعية، قد أقرت مبدأ وحق المفاوضة الجماعية للفرقاء الاجتماعيين، وذلك بصيغة وتنظيم شبيهين إلى حد كبير بمقتضيات اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 98. فقد جاءت المادة 1 من هذه الاتفاقية بشأن المفاوضة الجماعية بجميع أشكالها القانونية "حق لكل منظمات العمال وأصحاب الأعمال ومنظماتهم في كافة قطاعات النشاط الاقتصادي العامة والخاصة دون تدخل من أي جهة كانت".

وتجدر الإشارة إلى أن منظمة العمل العربية قد سبقت إلى الإعلان عن هذا الحق منذ الاتفاقية رقم (1) بشأن مستويات العمل والمعدلة بالاتفاقية العربية رقم (6) لسنة 1976، حيث نصت المادة 85 من هذه الاتفاقية الأخيرة وهي تعرض لعقود العمل المشتركة: "يقوم أصحاب العمل أو منظماتهم ونقابات العمال المختصة لتحقيق استقرار علاقات العمل بعقد اجتماعات للمفاوضة الجماعية في شروط العمل وتنظيمه على أساس نوع النشاط الاقتصادي وطبيعته، وعليهم أن يحاولوا قدر الإمكان الوصول إلى إبرام عقد عمل مشترك يحدد بدقة ووضوح حقوق والتزامات طرفي هذا العقد".

كما حرصت الاتفاقية رقم (8) لسنة 1977 بشأن الحريات والحقوق النقابية أن تكرس حق المفاوضة الجماعية، إذ جاء في ديباجتها "كان حق النقابات في حماية العمال والتفاوض الجماعي باسمهم لتحديد شروط وظروف العمل هو من الحقوق المقررة التي اكتسبتها الحركة النقابية بكفاحها الطويل...."، بل وستكون المادة (11) من هذه الاتفاقية أكثر وضوحا عندما نصت: "يكفل تشريع كل دولة حق المفاوضة الجماعية وإبرام عقود العمل المشتركة وتنظيم إجراءاتها وأثارها".

وعموما فقد اعتبر المدير العام لمكتب العمل العربي[118] " الاتفاقيات الصادرة عن منظمة العمل العربية قد انتهجت منهجا سليما وعلميا في معالجتها للحوار من خلال عدة منطلقات منها:

1- قبول مبدأ الحوار كأساس للعلاقات بين أطراف الإنتاج

2- إيجاد مقومات الحوار بشكل فعال من حيث:

- التأكيد على الاعتراف بمنظمات العمل وأصحاب الأعمال.
- التأكيد على حرية التعبير والحوار للأطراف

3- توفير وسائل فعالة لإجراء الحوار المثمر بين الأطراف

4- التأكيد على شمول الحوار لكافة القضايا وعلى كافة المستويات[119]

بقي أن نشير إلى كل من موقف قانون الشغل الفرنسي في فصله L 113-1، الذي نص صراحة على حق الأجراء في المفاوضة الجماعية، وموقف قانون العمل المصري الذي اعتبر في المادة 146 – مثل مدونة الشغل المغربي- المفاوضة الجماعية حوارا بين المنظمات النقابية العمالية وبين أصحاب الأعمال، وموقف قانون العمل الجزائري الذي اعتبر التفاوض

---

[118]- تقرير منشور في كتيب لمنظمة العمل العربية – مكتب العمل العربي "الحوار بين اطراف الانتاج ودور منظمة العمل العربية" تقرير المدير العام لمكتب العمل العربي – البند الأول – مؤتمر العمل العربي – الدورة الثامنة – بغداد- 6-16 مارس 1980. ص 58 .

[119]- بشأن اتفاقيات منظمة العمل العربية يمكن الرجوع الى "اتفاقيات وتوصيات منظمة العمل العربية" منظمة العمل العربية – مكتب العمل العربي. ط.2- 1995.

أو المفاوضات الجماعية، القناة القانونية لإبرام الاتفاقات والاتفاقيات الجماعية للشغل وذلك من خلال المواد 114 و123 و125.

المطلب الثاني: أهداف وأسس ومستويات الحوار الاجتماعي:

الفقرة الأولى: أهداف الحوار الاجتماعي

يأتي على رأس الأهداف المرسومة للحوار الاجتماعي الفعلي في أدبيات منظمة العمل الدولي، توفير شروط عمل منصفة، وتحقيق معيشة أفضل وصولا إلى العدالة الاجتماعية. كما يهدف الحوار الاجتماعي إلى جعل المجتمع أكثر تضامنا واستقرارا وإنصافا. إذ يسعى إلى إشراك المجتمع في سن السياسات الاقتصادية والاجتماعية، وتعزيز الديمقراطية داخل المجتمع، مما يخدم النمو الاقتصادي والتنمية العادلة والتوزيع المنصف لثمرات النمو كلما توفرت الشروط.

ولعل من أهم الشروط، توفر إرادة سياسية صريحة لقيام حوار اجتماعي حقيقي. ثم وجود منظمات قوية مستقلة وممثلة لكل من العمال وأصحاب العمل، تتميز بقدرات على التفاوض والحوار وعلى صياغة المقترحات والبدائل والوصول للمعلومات الضرورية والإحصاءات الحقيقية لمشاركة فاعلة في الحوار الاجتماعي[120].

هذا، وإذا كانت تندرج تحت يافطة الحوار الاجتماعي كل من المفاوضات والمشاورات وتبادل المعلومات والمقترحات، فان مواضيع هذا الحوار تأخذ كل ألوان الطيف الاجتماعي؛ من حماية اجتماعية إلى الأجور والمنح والحوافز، مرورا بالتعليم والصحة والإسكان والعدل وقوانين العمل، ثم السياسات الاقتصادية والمالية والاجتماعية، وظروف العمل وكذا التشغيل ومحاربة الفقر والأمية والبطالة.

الفقرة الثانية: أسس الحوار الاجتماعي

من وجهة نظر منظمة العمل الدولية فان نجاح الحوار الاجتماعي لا بد من توافر مجموعة من الأسس والدعامات، التي بناء عليها يمكن لهذا الحوار أن تكون له نتائج مشجعة وقابلة للتطبيق ولها الأثر الكبير على علاقات الشركاء الاجتماعيون، وأساس هذه الدعامات أن يتوفر مناخ يتميز بوجود إرادة سياسية حقيقية لصالح تنمية هذا الحوار اجتماعي بشكل دائم وفعال، مع اعتماد إطار تشريعي يتلاءم مع المعايير الدولية الخاصة بالحوار الاجتماعي، ثم وجود منظمات أصحاب عمل والعمال ذات الاستقلالية والتمثيلية والكفاءة، مع توفر راع مؤسساتي مالي منظم لهذا الحوار على جميع المستويات، بالسعي إلى إنشاء أو دعم مؤسسات خاصة بتفادي وحل النزاعات الفردية والجماعية، مع ضرورة الاعتماد على دعم مؤسسة لإنتاج المؤشرات الاقتصادية والاجتماعية تتميز بالاستقلالية والمصداقية.

وعموما يمكن تقديم مختلف الأسس التي يرتكز عليها الحوار الاجتماعي حسب التالي:

1- <u>وجود الأطراف الرئيسيين في الحوار الاجتماعي:</u>

الحوار يتطلب وجود أطراف وفي هذه الحالة الشركاء الاجتماعيين، إذ هم عصب هذا الحوار، ولا يمكن أن يقوم ويتطور بدونهم، ولذلك ورغم إن الحوار الاجتماعي قائم قبل ذلك، إلا أنه تعزز بعد انهيار منظومات إيديولوجية على إلغاء الفوارق الطبقية، وقيام الحكم على أساس سيطرة طبقة واحدة على مؤسسات الدولة التنفيذية والتشريعية التي تعبر عن مصلحة هذه الطبقة، ومن هنا وبالقدر الذي تستطيع الأطراف الاجتماعية التعبير عن نفسها فيه، بالقدر الذي يتطور الحوار الاجتماعي ويتعزز.

---

[120]- لحسن العزاوي – الحوار الاجتماعي بالمغرب على ضوء معايير منظمة العمل الدولية- في "حوليات العمل النقابي بالمغرب" مطبعة المعاريف الجديدة- الرباط 2013 ص 31.

2- استقلال الشركاء الاجتماعيين:

يتطلب قيام الحوار الاجتماعي ونجاحه أن تكون الأطراف الاجتماعية مستقلة وبالكامل، وهو الشرط الذي يعتبر أكثر أهمية بالنسبة للنقابات العمالية، لأن عدم استقلالية النقابات وعدم قدرتها على اتخاذ قرارها بنفسها، يفقدها القدرة على أن تكون طرفا فاعلا في عملية الحوار، ويجعلها طرفا تابعا للشركاء الاجتماعيين الآخرين، وهو ما يفترض تماشيا مع ذلك أن تتحقق تجاه ثلاثة أطراف رئيسية بنفس القدر، وهذه الأطراف بالنسبة للنقابات العمالية هي:

- الحكومات: حيث إن التبعية للحكومات تعتبر من اخطر أشكال التبعية، وتجعل النقابات العمالية غير قادرة على تأدية دورها الحقيقي، بل تعتبر صورية فقط. وتزداد أهمية الاستقلالية عن الحكومات بشكل خاص في النقابات العامة للعاملين في القطاع العام حيث يعمل أعضاء النقابات وقادتها في المؤسسات الحكومية.
- أصحاب العمل: وتعتبر الاستقلالية عن أصحاب العمل هامة جدا، لأن تبعية النقابات العمالية لأصحاب العمل تفقد العمال ونقاباتهم القدرة الحقيقية على اتخاذ القرار وتجعلهم طرفا تابعا.
- الأحزاب السياسية: حيث تنتشر ظاهرة تبعية بعض النقابات والاتحادات العمالية للأحزاب في العديد من الدول والمجتمعات، وتعتبر استقلالية النقابات العمالية أو نقابات أصحاب العمل عن الأحزاب، الأساس الموضوعي للقدرة على الحوار الاجتماعي البناء والمجدي[121].

3- توفر المناخ الديمقراطي

إن توفر المناخ الديمقراطي للحوار والتفاوض يعتبر شرطا أساسيا من شروط قيام حوار اجتماعي فاعل، حيث لا معنى ولا يمكن أن يقوم هذا الحوار في ظروف القمع السياسي، وعدم احترام الحريات العامة والحريات النقابية والسياسية.

4- وجود مظلة تشريعية واضحة:

عمليا لا يمكن للحوار الاجتماعي أن يستند فقط إلى رغبة الأطراف والشركاء الاجتماعيين، بل إن هذا الحوار يجب أن تضمن له التشريعات المختلفة مظلة قانونية ومؤسساتية، سواء كانت تلك التشريعات متعلقة بعمل كل طرف اجتماعي على حدة، أو متعلقة بتنظيم عملية الحوار وتحديد أدواتها وآلياتها وكيفية إدارتها.

5- توفر عنصر وآليات التفاوض الجماعي:

المفاوضة الجماعية عنصر أساسي من عناصر الحوار الاجتماعي، وإذا كانت عملية المفاوضة الجماعية غير مضمونة في التشريعات العمالية والتشريعات السياسية فإن الحوار لا يمكن أن يقوم ولا أن يتطور ويتقوى.

6- - قوة الشركاء الاجتماعيين:

الحوار الاجتماعي الحقيقي يتطلب وجود شركاء اجتماعيين أقوياء، فالنقابات العمالية الضعيفة وغير القادرة على العمل وغير الممثلة تمثيلا حقيقيا للعمال أو تلك التي لا تعكس حجما كافيا من العضوية، وكذلك نقابات أصحاب العمل، تعتبر فاقدة لأهم المتطلبات التي تؤهلها لإدارة عملية الحوار، وكذلك فإنها لا تحظى بالاهتمام الكافي من قبل السلطة التنفيذية التي تعتبر عنصرا رئيسا من عناصر إدارة الحوار الاجتماعي.

وعلى مستوى العناصر الرئيسية للحوار الاجتماعي، فان هذا الأخير ينظم في واقع الحال، العلاقة بين أطراف الإنتاج الثلاثة المرتبطة بالعملية الإنتاجية وهذه العناصر والمتمثلة أساسا كما سبقت الإشارة؛ الدولة وتمثلها الحكومة التنفيدية، العمال وتمثلهم نقاباتهم العمالية، والاتحادات العمالية التي تنتظم هذه النقابات تحت لواءها، ثم أصحاب الأعمال ونقاباتهم إذا كانت التشريعات تسمح بقيام مثل هذه النقابات أو غرف الصناعة والتجارة والاتحادات التي تضم هذه الغرف. بالإضافة إلى ذلك يمكن أن تشارك بعض مؤسسات المجتمع المدني ذات العلاقة بشكل أو بآخر بهذه الأطراف الثلاثة

[121]- حيدر رشيد – دور النقابات في تعزيز الحوار الاجتماعي- ضمن أرشيف "الاتحاد الدولي لنقابات عمال العرب"، ص 5.

في عملية الحوار الاجتماعي، وتنظم التشريعات حجم ومستوى هذه المشاركة، ولكنها في كثير من الأحوال ليست بتلك الأهمية[122]. وتسعى كل هذه الأطراف إلى تحقيق فهم اكبر وأوسع ومتبادل للمصالح المتعارضة للأطراف الثلاثة، قصد الوصول إلى تحقيق المصلحة العامة. وبهذا المفهوم فإن الحوار الاجتماعي يسعى إلى التركيز بشكل أساس على تعزيز العلاقات الإنتاجية بين الأطراف الثلاثية كوسيلة مضمونة على المستوى الوطني وكإستراتيجية لتحقيق تقدم اقتصادي واجتماعي متوازن والوصول إلى تحقيق السلم الاجتماعي لفترات طويلة.

الفقرة الثالثة: مستويات الحوار الاجتماعي:

يأخذ الحوار الاجتماعي من خلال عملية التطبيق والتنفيذ أشكالا مختلفة، وله بطبيعة الحال مستويات متعددة، مع الأخذ بعين الاعتبار عدم إسقاط صفة الثلاثية عن الحوار الاجتماعي وتطوره، إلا أن الحوار الاجتماعي يمكن أن يأخذ أشكالا مختلفة على مستوى العلاقات بين الأطراف الثلاثة وهذه الأشكال يمكن أن تأخذ اتجاهين رئيسين وهما:

الاتجاه الأفقي: حيث يمكن أن يأخذ الحوار شكل مشاورات ومفاوضات ثنائية مع إشراف أو إطلاع الطرف الثالث ومن الأمثلة على هذا الشكل المفاوضات بين أصحاب العمل والعمال.
الاتجاه العمودي: والذي يلتزم بالثلاثية، وينطلق هذا الحوار ليأخذ مستويات عديدة، حيث يمكن أن يقوم على مستوى النقابة الواحدة بمشاركة حكومية، أو على مستوى نوع من التخصصات، وعلى مستوى الوطن من خلال اللجان الثلاثية في الوزارة المعنية بهذا المجال على سبيل المثال، أو المجالس الاقتصادية والاجتماعية التي قامت في الدول الأوروبية منذ منتصف القرن الماضي، أو المجالس التي قامت في بعض الدول العربية ولا تزال غير منتشرة بشكل كبير كما هو الحال بالنسبة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي في المغرب، أو المجلس الاقتصادي والاجتماعي الاستشاري في الأردن.

المبحث الثاني: دراسة حالة مسار الحوار الاجتماعي ونتائجه بالمغرب كنموذج

تبرز خلاصات منظمة العمل الدولية أن غياب الحوار الاجتماعي لا يؤدي فقط إلى تفاقم النزاعات والتوترات الاجتماعية، وإنما ينعكس سلبا على أداء الاقتصاد ويقود إلى ازدياد المصاعب التي تواجهه، كما يؤدي إلى تدني إنتاجية المنشات الاقتصادية وهبوط معدلات إنتاجيتها، والى تفاقم مظاهر الفساد والضغط على الحريات وازدياد الفوارق الاجتماعية.

ويعتبر تبني المشرع المغربي نظاما قانونيا للحوار الاجتماعي في مدونة الشغل خطوة ايجابية في إطار تشجيع إبرام اتفاقية الشغل الجماعية، وبالتالي تحقيق السلم الاجتماعي الذي يرنو كل مجتمع إلى تحقيقه كبداية في إطار مسلسل التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

ولا شك أن هذا التنظيم التشريعي للمفاوضة الجماعية- بعد تقريره- يهدف الى دمقرطة العلاقات المهنية سواء داخل المقاولة، أو على المستوى الوطني بين أطراف الإنتاج، بل سيكون من شأن الدخول في الحوار الاجتماعي تفاديا العديد من حركات الإضراب المحتملة، كما سيساهم في إنعاش وثيرة إبرام اتفاقيات الشغل الجماعية[123].

---

[122]- حيدر رشيد – مرجع سابق- ص3.
[123]- الميلودي زلماط – الحوار الاجتماعي في مدونة الشغل الجديدة- في المجلة المغربية المغربية للسياسات العمومية، العدد 4 ربيع 2009. ص 145-146

المطلب الأول: الكرونولوجيا والتطور التشريعي في مجال الشغل بالمغرب

الفقرة: الكرونولوجيا التاريخية

لقد تشكل الوعي المبكر لدى النخبة القائدة بأهمية الاختيار الديمقراطي كأساس لانطلاق التجربة المغربية الجديدة مع بداية استقلال البلاد من قبضة المستعمر الفرنسي، حيث تعزز هذا التوجه المنفتح على التجارب الديمقراطية الأخرى بمشاركة قيادة الحركة الوطنية في تدبير الشأن العام. في عهد الحكومات المتتالية التي دبرت الشأن العام خلال هذه المرحلة من تاريخ المغرب، وعلى رأسها حكومة السيد عبد الله إبراهيم، التي سيحقق المغرب في عهدها قفزة نوعية في مجال التشريعات الاجتماعية، وهيكلة مؤسسات المشورة.

إن أهم التشريعات الاجتماعية التي اعتمدت من طرف هذه الحكومة: القانون الخاص بالسلم المتحرك للأجور، أما على المستوى المؤسساتي فقد تم إحداث:

1- المجلس الأعلى للتعليم الذي قام بصياغة الميثاق المؤسس للمدرسة المغربية الوطنية، والمعروف بالشعارات الأربعة المؤسسة للمدرسة العمومية المغربية؛

2- المجلس الأعلى للاتفاقية الجماعية، وهو الهيأة التي انيطت بها مهمة نشر ثقافة المفاوضة الجماعية، وتشجيع أرباب العمل، والمركزيات النقابية على الانخراط في مجهود جماعي من اجل التوقيع على اكبر عدد ممكن من الاتفاقيات الجماعية؛

3- المجلس الوطني للإنعاش الاقتصادي والاجتماعي: من مهامه الأساسية إعداد تقرير حول الظرفية الاقتصادية تعتمده الحكومة كأرضية لإعداد مخططات التنمية.....

خلاصة كل هذا يبين أن المغرب في بداية استقلاله دخل في وضع اللبنات المؤسسة للوظيفة الاستشارية، وبالتالي تلمس الطريق نحو الديمقراطية التشاركية. لذلك كان المتوقع أن يسير المغرب في اتجاه اعتماد دستور ديمقراطي مستوعب للوظيفية التشاورية بمؤسساتها والياتها.

لكن وعلى خلاف المنتظر سار المغرب في الاتجاه المعاكس، خاصة بعد إعفاء حكومة عبد الله إبراهيم حيث دخل المغرب مرحلة جديدة من الصراع السياسي بين القصر ومكونات الحركة الوطنية، سينتهي إلى انقلاب كامل على التجربة السياسية والاجتماعية التي انطلقت مع بداية الاستقلال. وسيتعزز هذا التوجه بعد تولي الملك الحسن الثاني مقاليد الحكم، حيث ستعرف هذه المرحلة الإبعاد الكامل لكل مكونات الصف الديمقراطي عن تدبير الشأن العام، وعودة النخبة التقليدية إلى تدبير الشأن العمومي[124].

استمر هذا الوضع الذي أدخل المغرب في مرحلة صعبة كانت استثنائية في كل شيء جعلت البلاد تعيش وضعا متشنجا كاد أن يعصف بكل المكتسبات. ونتيجة لمحاولتين انقلابيتين عسكريتين، كانتا بمثابة الإشارة القوية التي فرضت ضرورة مراجعة هذا النهج التسلطي. وهو ما دفع بالمؤسسة الملكية إلى العودة إلى الحوار والتفاوض مع قيادات الصف الوطني الديمقراطي[125]، وقد تدعم هذا التوجه بدخول المغرب عملية استكمال تحرير باقي المناطق المغربية المستعمرة من طرف الاسبان في الجنوب.

هكذا سيدخل المغرب مرحلة أخرى من الحوار والتشاور أفضت إلى قبول المعارضة السياسية بالمشاركة في الانتخابات. وسينطلق مسلسل جديد مع بداية 1976 بالرغم من التعثر، الذي سيعرفه هذا المسلسل منذ انطلاقه بسبب

---

[124]- عبد القادر ازريع – المجلس الاقتصادي والاجتماعي والحوار الاجتماعي- في المجلة المغربية للسياسات العمومية " المجلس الاقتصادي والاجتماعي، النموذج المغربي" طوب بريس - الرباط ص 34.

[125]- عبد القادر أزريع – مرجع سابق- ص 21.

شروع المغرب الرسمي في تطبيق توصيات المؤسسات المانحة الدولية وعلى رأسها صندوق النقد الدولي والبنك العالمي التي كانت وراء العديد من الهزات الاجتماعية التي عرفها المغرب خلال سنوات الثمانينات.

إن هذه التوترات وما ترتب عنها من هزات اجتماعية فرضت العودة إلى طاولة التفاوض والحوار من اجل إنهاء حالة التوتر هاته. هكذا ستنطلق مرحلة أخرى من التشاور والحوار حول مختلف القضايا الحساسة، وعلى رأسها قضية التعليم. حيث سيتم الإعلان عن تأسيس لجنة التعليم الأولى والثانية من أجل النظر في أزمة التعليم، وبالرغم من تعثر أشغالها فان إحداث هاتين اللجنتين شكل فرصة لجس النبض بين مختلف الأطراف والفعاليات.

مباشرة بعد هذه المحطة سيتم الإعلان عن تأسيس مجلس الشباب والمستقبل الذي أوكلت رئاسته إلى احد وجوه المعارضة، وهي مؤسسة لم تكن دستورية ومع ذلك لعبت دورا أساسيا في التقريب بين وجهات النظر الفاعلين الاقتصاديين والاجتماعيين، كما أنها انكبت على دراسة ظاهرة البطالة بالمغرب، وحاولت اقتراح حلول بخصوص بطالة الشباب، وفي نفس الوقت كانت تمثل المغرب في لقاءات المجالس الاقتصادية والاجتماعية العالمية.

بعدها سيتم الإعلان عن تأسيس المجلس الاستشاري لمتابعة الحوار الاجتماعي سنة 1994، لتشجيع الحوار بين الأطراف الاجتماعية. ستنكب هذه المؤسسة على دراسة نزاعات الشغل الكبرى. كما نظمت ندوة دولية حول المفاوضة الجماعية، وللتقريب بين وجهات النظر الأطراف الاجتماعية تم تنظيم العديد من الرحلات الاستكشافية الى خارج البلاد شارك فيها أرباب العمل إلى جانب اطر من المركزيات النقابية.

لتوسيع هذا الفضاء التشاوري سينطلق لأول مرة في تاريخ المغرب تفاوض ثلاثي الأطراف، انتهى إلى صياغة اتفاق فاتح غشت 1996، وهو أول اتفاق تفاوضي بين مختلف أطراف الإنتاج. وبارتباط مع هذا الاتفاق الاجتماعي سيتم تشكيل لجنتين وطنيتين؛ الأولى هي اللجنة الوطنية للتربية والتكوين أوكل لها مهمة ميثاق التربية والتكوين، واللجنة الثانية هي التي تكلفت بصياغة مشروع مدونة الشغل الجديدة.

استكملت هذه الدورة التفاوضية بدسترة المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي بما يعني أن البلاد دخلت مرحلة التشريع والدسترة لآليات التفاوض والحوار في أفق إرساء ديمقراطية تشاركية.

وقد ساهم في توسيع هذا الأفق، بالإضافة إلى الجو السياسي العام الذي خلقته حكومة التناوب التوافقي برئاسة السيد عبد الرحمان اليوسفي؛ والتي وفرت فضاءات من الحرية سمحت بتوسيع دائرة الفعل المدني، حيث انطلقت عملية تأسيس جيل جديد من الجمعيات التنموية والمنظمات الحقوقية والنسائية التي أصبحت فاعلا مستقلا حاضرا في كل المحطات الانتقالية الاجتماعية والثقافية التي عرفها المغرب خلال هذه المرحلة[126].

الفقرة الثانية: التطور التشريعي لقوانين الشغل بالمغرب

لقد أتى صدور مدونة الشغل المغربية في صيغتها الأخيرة[127]، في ظل أوضاع اجتماعية واقتصادية وسياسية متفاعلة ومتجددة كما اشرنا إلى ذلك، تميزت أساسا بتوجهات نحو آفاق ايجابية على المستوى جميع الأصعدة:

- حدوث تغييرات هيكلية على مستوى الاجهزة العليا للدولة، وظهور مؤشرات دالة على وجود توجه جدي مسؤول لإحداث التحول والاصلاح الذي يراعي المصلحة العليا للبلاد، ويستحضر مختلف المعطيات التي تعرفها الساحة الوطنية والاقليمية والدولية؛
- سيادة خطاب التغيير وفتح اوراش اصلاحية متعددة طالت ميادين الإدارة والاقتصاد والترسانة القانونية المنظمة للأنشطة الاقتصادية والحقوقية والاجتماعية؛

126- عبد القادر ازريع- مرجع سابق- ص 35.

127- قانون 99-65 المتعلق بمدونة الشغل، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5167 بتاريخ 2003/11/08 ص 3969.

- انضمام المغرب الى المنظمة الدولية للتجارة، ورغبته الحثيثة في انشاء منطقة للتبادل الحر مع الدول المجاورة، مع ما يقتضيه ذلك من ضرورة اعادة هيكلة المقاولة المغربية خاصة والاقتصاد المغربي عموما، حتى يلج ميدان المنافسة وعهد العولمة بعناصر قوة ايجابية تدعم قدرته التنافسية، وتؤهله للاستجابة للاحتياجات الملحة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية الشاملة؛

- جو الانفتاح السياسي والحقوقي الذي يسود المرحلة الحالية، الشيء الذي وفر بيئة حوارية تتسم بتوافر ثقة متبادلة بين الأطراف الاجتماعية والسياسية، ولا أدل على ذلك من مدونة الشغل نفسها، والتي عدلت عدة مرات من طرف كافة الفرقاء والمؤسسات الدستورية ومن على مختلف المنابر الاعلامية والعلمية؛

- صدور مجموعة من النصوص القانونية المتعلقة بالاستثمار والشركات ....

ان هذه المؤشرات الايجابية لم يكن بإمكانها ان تتعايش مع اوضاع موروثة سلبية تعيق المسيرة الصحيحة لحركة الاصلاحات والتغيرات التي تم تدشينها في الكثير من القطاعات خاصة على مستوى الحوار الاجتماعي:

- ارتفاع وتيرة النزاعات الجماعية في القطاع العمومي والشبه العمومي والقطاع الخاص، بما يتضمنه ذلك من فتح الباب امام إضرابات وتسريحات جماعية للعمال واغلاق عدة مؤسسات، مع ما يمكن ان يخلفه ذلك من اثار سلبية على السلم الاجتماعي والدينامية الاقتصادية؛

- استمرار جمود وتعطيل اغلب اجهزة الحوار الاجتماعي إما على الصعيد الوطني او الاجتماعي، التي هي قائمة قانونيا مشلولة على مستوى الفعل والممارسة، مع ما يخلفه هذا الوضع من فراغ مطبق بخصوص ادارة وتأطير المفاوضة الجماعية، بالرغم من احداث مؤسسات ومجالس استشارية ابانت عن فعالية وحركية مستمرة، ولكن اختصاصاتها ومجال تدخلها يبقى بعيدا عن تنظيم الحوار الاجتماعي بشكل عملي ملموس.

- استمرار المغرب في عدم التزامه بأحكام الاتفاقيات الدولية للشغل التي تهم مجال الحوار الاجتماعي، والتي صادق عليها، واستمرار لجنة الخبراء التابعة لمكتب العمل الدولي في امطار المغرب بجملة من الملاحظات والتوصيات حول ضرورة ملائمة التشريع مع القانون الدولي للعمل المتعلق بالمفاوضة الجماعية، والحرية النقابية وسياسة التشغيل، إلى غيرها من القضايا المطروحة...

في ظل هذه الأوضاع المشتبكة عناصرها، يأتي صدور مدونة الشغل التي ستحاول ان تجيب على عدة اشكالات طرحتها الصيغ السالفة، وان تتكيف مع البيئة الحالية، وان تستشرف واقع العلاقات المهنية لمغربي القرن 21.

بالرجوع الى الخطاب الملكي ليوم 16 ماي 1995، نجده يحدد إطار وفلسفة الحوار الاجتماعي وأهدافه، مركزا على أهمية التشاور المستمر بين الفرقاء الاقتصاديين والاجتماعيين بهدف الوصول إلى تحقيق شراكة حقيقية، تضم كل من المقاولات والنقابات العمالية، وتأخذ بعين الاعتبار ضرورة ضمان التوازن بين حاجيات العمال والضرورات الاقتصادية والمالية.

وتميزت سنة 1996 بانطلاق جولات الحوار الاجتماعي بين الحكومة والفاعلين الاقتصاديين، قصد إعداد استراتيجية مشتركة لحل مختلف الخلافات ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي. وقد شارك في هذه الجولات كل من أعضاء الحكومة (ممثلة بالوزارات المعنية بالحوار الاجتماعي) من جهة، والاتحاد العام لمقاولات المغرب (ممثلا للمشغلين)، وتسع مركزيات نقابية من جهة أخرى.

وقد مكنت هذه الجولات الأطراف الثلاثة من الاتفاق على منهجية الحوار وآليات التفاوض الجماعي ومناقشة المحاور ذات الأولوية، وتعزز ذلك بالتوقيع على التصريح المشترك لفاتح غشت 1996. واتفقت الأطراف الثلاثة على عدة نقط أهمها:

- مواصلة الحكومة لمجهوداتها من أجل تقريب وجهات نظر الأطراف الاجتماعية؛
- اعتماد مبدأ دورية اللقاءات لضمان استمرارية الحوار والتشاور والتفاوض عبر عقد –اجتماع مشترك مرة كل ستة أشهر؛
- إجراء حوار اجتماعي قطاعي على صعيد القطاعات والإدارات والعمالات والأقاليم.
- تشكيل لجنة ثلاثية دائمة على الصعيد الوطني لمتابعة تنفيذ كل القرارات والالتزامات، وذلك بالتنسيق مع المجلس الاستشاري لمتابعة الحوار الاجتماعي.

وبناء على ما تم الاتفاق بشأنه، تم إنشاء "اللجنة الوطنية لمتابعة الحوار الاجتماعي" التي تضم ممثلي مختلف الأطراف، وانبثقت عنها لجان فرعية متخصصة، كما أحدثت لجان إقليمية ومحلية بمختلف العمالات والأقاليم[128]، وأسندت إليها مهمة دراسة ومعالجة النزاعات الجماعية للشغل ذات الطابع الإقليمي والمحلي. ومن جهة أخرى انطلق الحوار الاجتماعي القطاعي مع الإدارات العمومية المعنية[129].

المطلب الثاني: هيئات الحوار الاجتماعي المحدثة بمقتضى القوانين

شكل الاهتمام في المغرب بالتشاور بين الأطراف الاجتماعية وتبني مقاربات عامة ملائمة لتأسيس وتنظيم العلاقات المهنية، أحد الأهداف الأساسية للمعنيين. ومن أجل تحقيق ذلك، بادر المشرع المغربي إلى وضع ترسانة قانونية هامة تم على إثرها إحداث مجموعة من آليات التشاور والمفاوضة والتوفيق وحل النزاعات، كما أنشئت عدة مجالس ولجان لتفعيل الحوار بين أطراف الإنتاج. ولقد شكلت أواسط التسعينات منعطفا حاسما في تاريخ العلاقات المهنية بالمغرب، إذ تعزز رصيد الحوار الاجتماعي بالتوقيع على ثلاث اتفاقات اجتماعية هامة بمشاركة مختلف أطراف الإنتاج من منظمات المشغلين والنقابات العمالية والحكومة، وتتمثل كما سبقت الاشارة لذلك؛ التصريح المشترك لفاتح غشت 1996، اتفاق 19 محرم 1421 (23 أبريل 2000)، ثم اتفاق 30 أبريل 2003.

ولقد مرت مرحلة الحوار الاجتماعي غير المأسس التي طبعت الفترة الممتدة من فاتح غشت 1996 إلى 2004، والتي توجت بإبرام مجموعة من الاتفاقات الاجتماعية، الى مرحلة المأسسة في إطار مدونة الشغل من خلال عدة مستويات سواء على الصعيد الوطني، الجهوي أو على صعيد المقاولة.

اولا: على الصعيد الوطني:

خلال السنوات الأولى للاستقلال تم إنشاء عدة أجهزة وطنية للتشاور والمفاوضة المهنية، وتتمثل مهمتها الأساسية في دراسة مختلف القضايا المرتبطة بالشغل والعلاقات المهنية.

- المجلس الأعلى للاتفاقيات الجماعية[130]:

أنيطت به عدة مهام من بينها إصدار توصيات في مجال الاتفاقيات الجماعية، ودراسة الترتيبات المهنية قصد تحديد الترتيب التسلسلي للأجور. كما تتم استشارته من طرف وزير التشغيل (الحكومة) في كل المسائل المتعلقة بتطبيق الاتفاقيات الجماعية أو توسيع نطاق سريانها.

128_العمالات والاقاليم: وحدات ترابية ادارية.

129- المرجع: الموقع الالكتروني لوزارة التشغيل والحماية الاجتماعية المغربية – التجربة المغربية في مجال الحوار الاجتماعي-
http://www.emploi.gov.ma/docs/1552006113752AM.doc

130- صدر الظهير المنظم لاختصاصات المجلس الأعلى في 29 نونبر 1960.

- اللجنة المركزية للأسعار والأجور[131] :

تم إنشاء هذه اللجنة في إطار تطبيق نظام السلم المتحرك للأسعار والأجور، وتتكلف هذه اللجنة بمتابعة تقلبات المعدلات القياسية لأسعار المعيشة .

- المجلس الأعلى لليد العاملة[132]:

أسندت له مهمة إبداء الرأي في جميع القضايا المتعلقة بالشغل واليد العاملة على الصعيد الوطني.

- المجلس الاستشاري لطب الشغل[133] :

يهد ف إلى توفير إطار للتشاور الثلاثي في ميدان طب الشغل، وتدابير السلامة والصحة في المقاولات.

- المجلس الوطني للشباب والمستقبل[134]:

تتمثل اختصاصاته في المساهمة في تكييف أنظمة التعليم والتأهيل حسب ما تستلزمه متطلبات الاقتصاد المغربي، وإعداد الشباب لمواجهة المستقبل ومساعدتهم على الاندماج في نظام الإنتاج الوطني.

- المجلس الاستشاري لمتابعة الحوار الاجتماعي[135] :

يختص في إنعاش الحوار الاجتماعي، والسهر على انتظام ممارسته.

ثانيا: على الصعيد القطاعي :

تتمثل المشاركة المهنية على الصعيد القطاعي في المؤسسات العمومية وشبه العمومية، قطاع الوظيفة العمومية، المجلس الإداري لقطاعات التكوين المهني، التعاضد الضمان الاجتماعي.....

- المؤسسات العمومية وشبه العمومية:

وتتمثل في مؤسسات الدولة والبلديات والمؤسسات التي تؤمن مصلحة عامة واحتكارات الدولة والمؤسسات المستفيدة من الامتياز. وفي هذا الصدد ينص الفصل 19 من مرسوم 14 نونبر 1963 على إنشاء هيئة لتمثيل المستخدمين في كل مؤسسة من هذه المؤسسات وتتولى هذه الهيئة النظر في الشكاوى المتعلقة بظروف العمل وتأديب المستخدمين.

- المجلس الإداري للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي[136] :

أسندت لهذا المجلس صلاحيات تقريرية هامة، لأنه يتولى التسيير الفعلي للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي ويحدد توجهاته العامة.

- قطاع الوظيفة العمومية :

وتتجلى المشاركة المهنية في هذا القطاع من خلال جهازين اثنين: المجلس الأعلى للوظيفة العمومية، واللجان الإدارية المتساوية الأعضاء.

- المجلس الأعلى للوظيفة العمومية[137]:

131- بمقتضى ظهير 31 أكتوبر 1959.
132- بموجب مرسوم ملكي مؤرخ في 14 غشت 1967.
133- تم إنشاء هذا المجلس بمقتضى مرسوم 8 فبراير 1958 الصادر بتطبيق ظهير 8 يوليو 1957 بشأن تنظيم المصالح الخاصة بالشغل.
134- تم إنشاء هذا المجلس بمقتضى ظهير 20 فبراير 1991.
135- أحدث هذا المجلس بمقتضى ظهير 24 نونبر 1994.
136- ينص ظهير 27 يوليو 1972 المتعلق بالضمان الاجتماعي بالمغرب على تكوين مجلس إداري ثلاثي التمثيل.
137- أحدث هذا المجلس بمقتضى الفصل العاشر من ظهير 24 فبراير 1958 المتعلق بالنظام الأساسي للوظيفة العمومية.

وتتمثل اختصاصات المجلس في استشارته من طرف الحكومة عند الحاجة وفي كل القضايا المتعلقة بقطاع الوظيفة العمومية.

- اللجان الإدارية المتساوية الأعضاء[138]:

تنظر هذه اللجان في ترسيم الموظفين وترقياتهم واستقالاتهم كما تعتبر مجلسا تأديبيا.

ثالثا: على المستوى المهني والمحلي :

- اللجان المحلية لليد العاملة[139]:

يعهد إليها بالإشراف على تسيير مكاتب التشغيل العمومية ومراكز التكوين المهني.

- مندوبو العمال في المؤسسات الخاصة[140]:

تتحدد مهام هؤلاء المندوبين في تقديم مطالب العمال الفردية والجماعية لإدارة المؤسسة في موضوع الأجور، والتصنيف المهني وتطبيق تشريع الشغل بشكل عام.

- اللجان المتساوية داخل المقاولات المنجمية[141] :

تعبر عن نوع من المشاركة المهنية في تدارس ومعالجة ظروف العمل، وتنظيم علاقات الشغل داخل المقاولات المنجمية.

وتجدر الإشارة إلى أن العديد من المجالس الاستشارية تم إلغاؤها بعد استنفاد الغرض من إحداثها، مثل؛ المجلس الاستشاري لمتابعة الحوار الاجتماعي، والمجلس الوطني للشباب والمستقبل، 0020وغيرها من المجالس واللجان.

هكذا يعتبر الحوار الاجتماعي من اشكال المفاوضات الجماعية التي يتم اللجوء اليها من اجل رفع الاحتقان الاجتماعي، وكألية لمحاولة تفهم مختلف المتطلبات والانتظارات مصالح مختلف الاطراف المرتبطة بالعملية الاجتماعية، من اجل محاولة ايجاد ارضية مشتركة تنهج وتعتمد مقاربة رابح/رابح كمنج اساسي ومرجعي لجميع العمليات والتعاقدات التي يمكن ان تبادر اليها مختلف الاطراف المعنية بالعملية الانتاجية.

وشددت هيئات الإشراف في منظمة العمل الدولية على أنّ" الحوارالاجتماعي ضروري في الأوقات العادية ويصبح أكثر ضرورةفي أوقات الأزمات"، كما أعربت عن قلقها في بعض الحالات بموجب الاتفاقية رقم (98)،بشأن وجود نزعة لإخضاع المفاوضة الجماعية للسياسة الاقتصادية للحكومة في عدد من البلدان.

لقد لعب الحوار الاجتماعي دوراً مهماً في تطور مكان العمل الحديث والقرارات السياسية والاقتصادية التي رفعت مستويات عيش الملايين منا لعمال،وخاصة منذ الحرب العالمية الثانية . لكن دائما نجد دواعي القلق تنامى إزاء قدرة مؤسسات الحوار الاجتماعي على تحقيق نتائج في اقتصاد عالمي يتسم بالعولمة.، وحسب منظمة العمل الدولية فانه ثمة عوامل عديدة تضعف قدرة العمال التفاوضية وآليات المفاوضة الجماعية .وتشمل هذه العوامل ما يرتبط بتزايد المنافسة في سياق العولمة؛ إصلاحات سوق العمل؛ نُظم ضريبية ونُظم اجتماعية أقل عدلا ًفي التوزيع تزايد البطالة، لاسيما خلال الأزمات؛تقلص حصة العمل فيا لناتج المحلي ا لإجمالي، إلى جانب تقلص الانتساب للنقابات والمفاوضة الجماعية في بعض البلدان. بالإضافة الى تراجع التقدم نحو تحقيق الأهداف الإنمائية للألفية بسبب الأزمات العالمية المالية والاقتصادية وأزمة فرص العمل المترافقة مع تهديد الاستقرار الاجتماعي والسياسي وفقدان الطاقات البشرية .

138- ينص الفصل 14 من ظهير 24 فبراير 1958 المتعلق بالنظام الأساسي للوظيفة العمومية على إحداث لجان إدارية متساوية الأعضاء على مستوى كل وزارة،

139- أنشئت هذه اللجان بمقتضى المرسوم الملكي الصادر بتاريخ 14 غشت 1967.

140- طبقا لظهير 29 أكتوبر 1962 بشأن تمثيل المستخدمين في المقاولات يتم انتخاب مندوبي العمال في كل المؤسسات الصناعية والتجارية والفلاحية والمهن الحرة التي تشغل 10 عمال دائمين على الأقل.

141- أحدثت هذه اللجان بمقتضى ظهير 24 دجنبر 1960 وهي ذات صلاحيات مهمة وواسعة.

لقد أثرّت الضغوط المرتبطة بالمناخ الاقتصادي العالمي والانتهاكات المتواصلة لحقوق العمال تأثيراً خطيراً على العمال وعلى نقاباتهم .وقد عرقلت عوامل عديدة الجهود النقابية التي تبذلها منظمات العمال لتعزيز قواعدها وقدرتها على التفاوض، من بينها:-حسب تقارير منظمة العمل الدولية-عدم احترام حقوق الحرية النقابية والمفاوضة الجماعية؛ الميل إلى التفاوض على ظروف العمل على مستوى المنشأة (حتى في البلدان ذات التاريخ الطويل في مجال الحوار الاجتماعي القطاعي أو المشترك بين القطاعات)،في سياق من التجزئة المتزايدة لسوقا لعمل؛فرض القيود على ممارسة العمال الفعلية للحقوق النقابية) وخاصة علاقات الاستخدام غير الاعتيادية من قبيل العمال المستخدمين بعقود مؤقتة أو تعاقدية أو عقود محدودة المدة مع ارتفاع البطالة في بعض البلدان، ولاسيما بين الشباب.

ورغم كل ذلك فان النيات الحسنة لا يمكن ان تكون وحدها كافية من أجل الترسيخ لمفهوم حواري تفاوضي قصد التخفيف من المعضلات الاجتماعية، وترسيخ مفهوم الشراكة بين مختلف الشركاء، إذ لا بد من مأسسة وتقوية هذا المنهج. وعمليا فان المفاوضات الجماعية التي تعتمدها الحكومات بمبادرات منها، او بناء على معطيات الضغط الاجتماعي، او الاقتصادية.....تجعل هذه المفاوضات مصدرا اساسيا لتطوير المنظومة القانونية الاجتماعية، حيث يتم التوصل الى بعض الاتفاقات التي لم يمكن ان تكون ظرفية او فئوية حيث يتم تشريعها بإدماجها في قوانين وانظمة الشغل والحماية الاجتماعية، تجعل من الترسانة القانونية المعنية بهذا الشأن متطورة وقابلة للتطوير بناء على كل مناسبة تعتمد على الشروط الموضوعية من اجل انجاح هذا الحوار الاجتماعي، هذا من جهة، ومن جهة اخرى فانه حتى اليات وتقنيات بل واساسيات الحوار يتم التنصيص عليها ضمن هذه التشريعات، بإحداث مجموعة من الهيئات المساعدة على مأسسة هذا الحوار وجعله مرجع لحل جميع المشاكل المفترضة، ولتطوير مختلف القضايا ذات الاهتمام المشترك وبالتي يمكن ان تشكل فرص استباقية للتخفيف من بعض الاحتقانات الاجتماعية التي قد تؤثر على النظام والسلم المجتمعيين ككل.

ولذلك يحرص المشرع الدولي والوطني على ضرورة مأسسة هذا الاحوار الاجتماعي، والحرص على تقويته، بالدفاع عن كل ما من شانه اضعافه وجعله محط شك، من خلال مجموعة من القوانين والمؤسسات، بل وجعله من المعايير الاساسية لقياس مدى تقدم مستوى الحقوق، ومستوى تدبير صراعات أصحاب المصالح بطرق سلمية ووفق منطق الربح للجميع.

المغادرة التلقائية للأجير وفق مدونة الشغل المغربية:

سبب من أسباب الفصل عن العمل

الاستاذة **فريدة اليوموري**

جامعة محمد الخامس. الرباط

تعتبر المغادرة التلقائية من المفاهيم الجديدة التي أشارت إليها مدونة الشغل المغربي، والتي لم تكن معروفة ولم تذكر في غيرها من القوانين ،حيث تم تكريسها من قبل القضاء الذي كان واضحا حينما قضى بوجوب توجيه المشغل إنذارا للأجير المتغيب للالتحاق بعمله ،وإن تعلق الأمر بمغادرته لهذا العمل بصفة تلقائية[142].بل أكثر من ذلك ،وتماشيا مع مقتضيات المادة 63 من مدونة الشغل يتعين على المشغل ،لكي يعفى من التعويض وأيضا من اتباع المسطرة الخاصة بالفصل ،أن يثبت المغادرة التلقائية للأجير[143].

فتمكين المشغل من إنهاء عقد الشغل اعتمادا على السلطة المخولة له قانونا ،تقتضي اعتماده في ذلك على أسباب موضوعية تجعل قراره مشروعا ،وفصله للأجير غير تعسفي، مادام أن مسألة غياب الأجير[144] لها أحكامها التي بينتها مقتضيات مدونة الشغل ،والتي تجعل المشغل في موقف سليم متى اتخذ قراره بفصل الأجير الذي غادر عمله دون مبرر وتجاوز بذلك المدة المحددة قانونا. وعليه ،فمغادرة العمل إما أن تكون بأسباب مبررة وإما أن تكون تلقائية ودون مبرر، بموجبها يكون للمشغل الحق في الادعاء بأنه كان عرضة للفصل التعسفي.

من هنا تظهر مدى أهمية البحث في علاقة المغادرة التلقائية للأجير بالتغيب عن العمل، وعلاقتها أيضا بمسطرة الفصل ،خصوصا متى علمنا بأن المغادرة التلقائية ليست غيابا مبررا ،مادام أن المشرع لم يدرجها ضمن حالات تغيب الأجير المبرر والمشروع ،فإننا وحتى إذا ما اعتبرناها تغيبا غير مبرر دخلت في عداد الأخطاء الجسيمة التي يكون فيها للمشغل الحق في فصل الأجير ، متى تجاوز عددا معينا من الأيام المحددة قانونا دون مبرر مشروع وهو ما يقتضي في نفس الوقت ،ضرورة احترام الإجراءات القانونية المتعلقة بمسطرة الفصل المقررة في المواد من 62 إلى 65 من مدونة الشغل. وعليه، نطرح السؤال التالي: هل المغادرة التلقائية غياب غير مبرر، أم أنها رغبة من الأجير في التخلي عن العمل ثم كيف يمكن إثبات هذه المغادرة؟

هذا من جهة، من جهة أخرى ،فإن مغادرة الأجير لعمله أحيانا تكون بسبب أحد الأخطاء المرتكبة من طرف المشغل نفسه والتي ورد ذكرها في المادة 40 من مدونة الشغل[145]،وهو ما يدفعنا لطرح السؤال التالي : هل سلطة المشغل في التوجيه والإدارة والإشراف على حسن سير العمل وتدبيره،يمكن أن يشكل تهديدا لاستقرار الشغل وللأجير متى انقطع عن العمل وغادره بصفة تلقائية،وكان السبب في ذلك راجع لخطأ صادر عن المشغل؟. بتعبير آخر، هل مغادرة الأجير للعمل بسبب خطأ ارتكبه المشغل، يعد غيابا غير مبرر يعطي هذا الأخير الحق في فصله اعتمادا على ما له من سلطة في هذا الصدد؟

---

1 جاء في قرار لمحكمة النقض(المجلس الأعلى سابقا) أنه: " تطبيقا لمقتضيات الفصل السادس من قرار 10/23 - 1948 فإن الطرد يكون تعسفيا . حتى مع تشبث المشغل بالمغادرة التلقائية ما لم يثبت أن هذا الأخير قد سلك المسطرة المنصوص عليها في الفصل المذكور".
- قرار عدد 707 ،ملف اجتماعي عدد 5112 بتاريخ 18شتنبر 1998 ،منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ،عدد 89 ص:137 -139.

2 تنص الفقرة الثانية من المادة 63 على ما يلي: " يقع على عاتق المشغل عبء إثبات وجود مبرر مقبول للفصل ،كما يقع عليه عبء الإثبات عندما يدعي مغادرة الأجير لشغله."

3 التغيب هو عدم تواجد الأجير في مكان عمله في وقت العمل ،والغياب إما أن يكون مبررا ، وهو إما قانوني كما هو الشأن بالنسبة للعطل الرسمية ،وغياب مبرر يعطي فيه الإذن للأجير وتتم الموافقة عليه من طرف المشغل، أو غياب غير مبرر يتم في ظروف أو أسباب مشروعة لذلك.

4 والتي جاء فيها: "يعد،من بين الأخطاء الجسيمة المرتكبة ضد الجير من طرف المشغل أو رئيس المقاولة أو المؤسسة،ما يلي:
- السبب الفادح،
- استعمال أي نوع من أنواع العنف والاعتداء الموجه ضد الأجير،
- التحرش الجنسي،
- التحريض على الفساد،
وتعتبر مغادرة الأجير لشغله بسبب أحد الأخطاء الواردة في هذه المادة في حالة ثبوت ارتكاب المشغل لإحداها،بمثابة فصل تعسفي"

تلكم مجموعة من الأسئلة التي سنحاول الإجابة عنها من خلال التقسيم أدناه.

المبحث الأول

مفهوم المغادرة التلقائية للأجير

تعد المغادرة التلقائية من المصطلحات القانونية الجديدة التي جاءت بها مدونة الشغل لسنة 2004 ،بحيث لم تكن متداولة أو معروفة فيما قبل ،كما أنها لم تذكر في غيرها من القوانين، ذلك أن المشرع المغربي لم ينظمها بأحكام خاصة[146]، واكتفى بالإشارة إليها في المادة 63 من مدونة الشغل التي ألزم بموجبها المشغل بضرورة إثباتها متى ادعى مغادرة الأجير لعمله دون مبرر مشروع،وهو ما يعني أن الغياب غير المبرر يعطيه الحق في فصل هذا الأجير عن عمله. ولعل هذا ما صار عليه القضاء قبل صدور مدونة الشغل حين اعتبر أن مغادرة الأجير لعمله تقتضي ضرورة توجيه المشغل إشعارا بذلك للأجير،الذي عليه تبرير غيابه ،ومتى لم يتمكن من ذلك اعتبر مرتكبا لخطأ جسيم يبرر فصله[147]. وقد توالت الأحكام والقرارات في نفس الاتجاه،حيث كرست مفهوم المغادرة التلقائية للأجير وألزمت المشغل بإثباتها[148]. فالمغادرة ـ حسب ما سبق ـ ليست تغيبا مبررا ما دام أن المشرع لم يدرجها ضمن صور الغياب المبرر، كما أنها ليست استقالة ينوي بها الأجير إنهاء العلاقة التي تجمعه بالمشغل ،وعليه ،وجب التمييز في هذا الصدد بين المغادرة التلقائية وغياب الأجير ،وبينها وبين استقالته عن العمل.

الفقرة الأولى : المغادرة التلقائية وغياب الأجير

أحيانا يضطر الأجير ،بحكم ما تقتضيه الحياة الاجتماعية أولا ، ولأسباب خاصة ثانيا ،إلى التغيب عن العمل ،والتوقف عن مزاولة ما التزم به تجاه المشغل ،بحيث يصبح العقد الذي يجمع بينهما موقوفا[149] يشترط فيه ضرورة تبرير الغياب مع عدم تجاوز المدة المحددة قانونا ،والتي متى تعدت الحد الأقصى الذي هو 180 يوما داخل 365 يوما ، اعتبر في حكم المستقيل إلا استثناءا متى كان التغيب بسبب مرض مهني أو حادثة شغل.

فمسألة غياب الأجير لها أحكامها التي بينتها مقتضيات مدونة الشغل،والتي تجعل المشغل في موقف سليم متى عمد إلى القيام بفصل الأجير الذي غادر عمله دون تبرير بتجاوزه المدة المحددة قانونا. وعليه، فمغادرة العمل إما أن تكون بأسباب مبررة وإما أن تكون تلقائية ودون مبرر، بموجبها يكون للمشغل الحق في الادعاء بأن الأجير غادر بصفة تلقائية من نفسه،

---

5 يتعين التمييز بين المغادرة التلقائية التي هي مثار النقاش في هذا البحث ،وبين المغادرة الطوعية التي تستمد أحكامها من المرسوم رقم 2.04.811 الصادر بتاريخ 23 دجنبر 2004 والمحدث للتعويض عن مغادرة العمل ،والذي يعبر عن الهدف الأساسي الذي تم اعتماده في تبني هذه المنظومة ،وهو الرغبة في خلق بيئة مناسبة لإصلاح الإدارة المغربية، حيث يتم التركيز على إعادة النظر في المهام التي يتعين أن تضطلع بها الدولة ،وأهمها التشريع والتنظيم ،وهو ما يقتضي التخلي عن بعض الوظائف التي من المفروض أن يقوم بها القطاع الخاص.

6 من ذلك قرار محكمة النقض حاليا (المجلس الأعلى سابقا)،جاء فيه :

"... الطرد يكون تعسفيا حتى مع تشبث المشغل بالمغادرة التلقائية ما لم يثبت أن هذا الأجير قد سلك المسطرة المنصوص عليها في الفصل المذكور"

ـ قرار عدد 89/8351 ملف اجتماعي عدد 88/9596 ،مجلةالمعيار ،عدد 18 ،ص: 18 - 19.

7 أكد جانب من المهنيين بان مشاريع مدونة الشغل لم تكن تتضمن في مادتها 63 الذي جاء فيه : "كما يقع عليه ـ أي المشغل ـ عبء الإثبات عندما يدعي مغادرة الفرقاء أو بعضهم أن ينتبهوا إلى المشاكل [148]الأجير لشغله" ،وهذا يعني أن هذه العبارة من إضافات آخر ساعة التي عرفها مشروع المدونة وقد غاب عن ا القانونية والعملية التي ستطرحها هذه الإضافة في إطار القواعد المنظمة للتغيب عن العمل ومسطرة الفصل والاستقالة.

ـ مدونة الشغل ، إشكالات التطبيق ومواقف الفرقاء الاجتماعيين ،جمعية عدالة سنة 2011 ،ص: 124.

8 حددت مدونة الشغل حالات توقف عقد الشغل وصور إنهائه والتي غالبا ما تكون أسبابه اضطرارية حيث جعلتها محددة على سبيل الحصر من خلال المادة 32 التي جاء فيها : " يتوقف عقد الشغل مؤقتا أثناء:

1 ـ فترة الخدمة العسكرية الأجبارية، 2 ـ تغيب الأجير لمرض أو إصابة يثبتها طبيب إثباتا قانونيا، 3 ـ فترة ما قبل وضع الحامل حملها ، وما بعده، وفق الشروط المنصوص عليها في المادتين 154 و 156 أدناه، 4 ـ فترة العجز المؤقت الناتج عن حادثة شغل أو مرض مهني، 5 ـ فترات تغيب الأجير المنصوص عليها في المواد 274، 275 ، 277 أدناه ، 6ـ مدة الإضراب ، 7 ـ الإغلاق القانوني للمقاولة بصفة مؤقتة.

غير أن عقد الشغل المحدد المدة، ينتهي بحلول الأجل المحدد له، بصرف النظر عن الأحكام الواردة أعلاه."

بحيث يختلف في هذا مع الأجير الذي يدعي العكس، وبأنه كان عرضة للفصل التعسفي، وهو ما يدفعنا للبحث عن الفرق بين التغيب والمغادرة التلقائية.

إن غياب الأجير لأسباب وفي غير الحالات المحددة قانونا ،يعتبر تغيبا غير مبرر يأخذ وصف الخطأ الجسيم ويسمح للمشغل باستعمال سلطته التأديبية. في حين متى جاء في حدود المدة القانونية للغياب وهي أربعة ايام أو ثمانية أنصاف اليوم خلال 12 شهرا اعتبر مبررا[150] إلا استثناءا عند تجاوز هذه المدة ،بحيث يصبح في مثل هذا الوضع غير مبرر ويكون خطأ جسيما. فهل معنى هذا أن المشغل ملزم باحترام المسطرة القانونية المتعلقة بفصل الأجير والمضمنة في المواد من 62 إلى 65 من مدونة الشغل ؟.

رجوعا إلى مقتضيات المادة 39 من مدونة الشغل والتي تولت تحديد الأخطاء الجسيمة التي تعطي المشغل الحق في فصل الأجير ،لم تتم الإشارة إلى المغادرة التلقائية ، وهو ما يدفعنا للقول بأن غياب الأجير في حدود المدة القانونية لا يشكل سوى خطأ يسيرا لا يرتب الفصل ،وإنما يكون على المشغل في مثل هذه الأحوال احترام الترتيب في العقوبات الوارد في المادة 37 من مدونة الشغل[151]. وهكذا، فمتى تغيب الأجير عن العمل لمدة تفوق 4 أيام أو ثمانية أنصاف اليوم داخل 12 شهرا عد مرتكبا لخطأ جسيم حسب المادة 39 من مدونة الشغل.

لذلك لنا أن نتساءل عن الفرق بين المغادرة التلقائية والغياب عن العمل. هل هو التوقف المؤقت حيث يكون للأجير العودة إلى العمل بعد انصرام مدة الغياب ، أم أنه توقف دائم وانقطاع عن العمل يعطي المشغل الحق في المطالبة بالتعويض خصوصا عند عدم احترام مهلة الإخطار من طرف الأجير؟.ثم هل المدة المحددة من طرف القانون والمسوح بها كمدة للغياب حسب المادة 39، يجب للاعتداد بها ،أن تكون ممتدة من حيث الأيام، أم أنه يعتد بها وإن تتحققت منفصلة من حيث المرات التي يغيب فيها الأجير؟

أشارت مدونة الشغل إلى التغيب القانوني من خلال تحديد صوره وأيضا شروطه، وبالتالي فكلما كان غياب الأجير في غيرالحالات المسموح بها قانونا، اعتبر مرتكبا لخطأ جسيم،بغض النظر عن وجوب اتصال المدة الزمنية أو انفصالها، لأن ما يهم هو تجاوز هذه المدة دون مبرر مشروع .وهكذا، ولأن الغياب في هذه الحالة يعد خطأ جسيما يرتب فصل الأجير ، وجب على المشغل احترام المقتضيات القانونية المنظمة لمسطرة الفصل.

لكن ماذا عن المغادرة التلقائية، هل هي خطأ جسيم، علما أن المشرع لم يدرجها ضمن صور الأخطاء؟.ثم ما الحكم في حالة غياب الأجير لمدة معينة قد تتعدى الأربعة أيام المحددة قانونا ثم يعود لاستئناف عمله، ويواجه برفض المشغل الذي يعمد إلى فصله؟.

---

9 قد يتعرض الأجير أحيانا للمرض أو لحادثة معينة، حيث يكون بحاجة إلى الراحة وذلك بالتوقف عن العمل وهو أمر طبيعي ، وهو ما جعل المشرع يهتم بحق الأجير في الراحة عموما والإجازة المرضية خصوصا ،شرط تبرير حقه في هذه الإجازة متى تعذر عليه الالتحاق بعمله بسبب المرض أو غيره من الأحداث التي تستدعي توقفه عن العمل. وعليه، يكون ملزما بإشعار المشغل داخل 48 ساعة إلا استثناءا متى حالت قوة قاهرة دون ذلك.في حين متى استمر غيابه لأكثر من أربعة أيام كان عليه إخبار المشغل بالمدة التي سيغيبها والإدلاء ،إضافة على ذلك ، بشهادة طبية تبرر ذلك . وعليه ،يعد العقد المبرم بين المشغل والأجير المتغيب بسبب المرض ،عقدا موقوفا متى كان هذا الغياب مبررا.

ويتعين الإشارة في هذا الصدد، على ان الأجر لا يؤدى عن الغياب المبرر بسبب المرض أو حادثة - باستثناء حادثة الشغل والمرض المهني - ما لم تقض بذلك بنود العقد المبرم بين الأجير والمشغل أو في اتفاقية الشغل الجماعية أو تمت الإشارة إلى ذلك في النظام الداخلي للمؤسسة. حيث يتولى صندوق الضمان الاجتماعي أداء هذه التعويضات عن المرض وذلك في حدود ثلثي الأجر اليومي طوال مدة 52 أسبوع على الأكثر وذلك خلال 24 شهر الموالية لتاريخ العجز. وخلافا للمشرع المغربي فإن المشرع الفرنسي ذهب إلى أبعد من ذلك حيث أقر بإجازة الآباء عند مرض أبنائهم والتي تصل إلى حد أربعة اشهر قابلة للتجديد، وإجازة المريض مرض الموت والتي تصل حد ثلاثة أشهر مقابل تعويض بالأجر كاملا يؤدى من طرف صندوق الضمان الاجتماعي.

10 جاء فيها : " يمكن للمشغل اتخاذ إحدى العقوبات التأديبية التالية في حق الأجير لارتكابه خطأ غير جسيم:

1 - الإنذار،

2 - التوبيخ ،

3 - التوبيخ الثاني ، أو التوقيف عن الشغل مدة لا تتعدى ثمانية أيام،

4 - التوبيخ الثالث، أو النقل إلى مصلحة ، أو مؤسسة أخرى عند الاقتضاء، مع مراعاة مكان سكن الأجير،

تطبق على العقوبتين الواردتين في الفقرتين 3 و 4 من هذه المادة مقتضيات المادة 62 أدناه".

الأصل أن تحديد مدة أربعة أيام من طرف المشرع ليست مبررا لاعتبار المغادرة التلقائية للأجير خطأ جسيما، لأننا متى اعتبرناها كذلك كان لزاما على المشغل احترام مسطرة الفصل متى قرر فصل الأجير. لذلك نعتقد بأنها غياب غير مبرر يشترط فيه أن يكون دائما بحيث لا يتصور عودة الأجير ومطالبته بالرجوع لعمله.

الفقرة الثانية : المغادرة التلقائية والاستقالة

تعتبر الاستقالة سببا من أسباب إنهاء عقد الشغل غير محدد المدة من طرف الأجير ،يتم تقديمها للمشغل بعد المصادقة على صحة الإمضاء عليها من طرف الجهة المختصة بذلك ،واحترام أجل الإخطار الذي لا يجب أن يتجاوز 8 أيام.فالاستقالة حسب ما ورد أعلاه ،تتحقق واقعا بمغادرة الأجير لعمله بمحض إرادته ودون إكراه ، وهو ما يثير التساؤل التالي : هل يمكن اعتبار مغادرة الأجير لعمله بصفة تلقائية استقالة ؟ أم أن لكل منهما طبيعته ، خصوصا متى علمنا أن المشرع اعتبر الكتابة شرطا لازما لصحة الاستقالة ؟, بتعبير آخر هل المغادرة التلقائية تعبر عن رغبة الأجير في استقالته عن العمل؟.

الأصل أن انتهاء عمل الأجير، الذي يكون تحت إشراف وسلطة المشغل، لا يكون إلا بقبول استقالته وهي غالبا ما تكون ـ كما تمت الإشارة إلى ذلك ـ في العقود غير محددة المدة. لكن ليس هناك ما يمنع من استخدامها في العقود محددة المدة. وهي بهذا تعتبر تصرفا قانونيا يعبر فيه الأجير عن رغبته في وضع حد للعلاقة الشغلية التي تجمعه بالمشغل، شرط أن تكون كتابة وأن يتم احترام أجل الإخطار. وعليه، فالاستقالة قانونا لا تقبل إلا متى كانت مستوفية لشروطها وأهمها الكتابة.

وأهم ما تثيره الاستقالة في هذا الصدد، هو حدود اعتبارها بمثابة غياب ،حيث لا يمكن القول بأنها سبب من الأسباب التي تخول المشغل الحق في إنهاء عقد الشغل وإن كانت غيابا ، لأن الغياب باعتباره حالة من حالات الخطأ الجسيم أو غير المبرر ليس هو الغياب بسبب الاستقالة. من هنا وجب التساؤل عن العلاقة بين الاستقالة والمغادرة التلقائية للأجير عن عمله.

إن القول بأن الكتابة شرط أساسي لصحة ووجود الاستقالة، وهو ما ينفي عنها وصفها بالمغادرة التلقائية، يجعلنا نستفسر عن ما مدى جواز قبول استقالة الأجير الغير المكتوبة والتي يمكن أن تتحقق ضمنيا بأية وسيلة أو طريقة يفهم منها أن هذا الأخير يود إنهاء العقد الذي يجمعه بالمشغل ، حيث تعد المغادرة التلقائية في مثل هذا الوضع استقالة غير مكتوبة. اختلف القضاء في هذا الصدد، فجانب منه اشترط ضرورة توفر الشروط التي استلزمها المشرع من خلال المادة 34 من مدونة الشغل بحيث ،أن عدم استيفاء الاستقالة لشرطي الكتابة والمصادقة عليها[152]، معناه عدم صحتها وبالتالي عدم قبولها.

ونعتقد أن إلزام المشرع ، من خلال المادة 64 من مدونة الشغل ، المشغل بتبليغ نسخة من رسالة الاستقالة إلى العون المكلف بتفتيش الشغل كإجراء لازم ،يعني ضرورة أن تكون مستوفية لشروط وجودها وقبولها ، وأهمها أن تكون مكتوبة.

بينما اعتبر جانب آخر أن تقديم الاستقالة كان كافيا لاعتبار الفصل مشروعا بغض النظر عن توفر الشروط لقبولها أم لا[153].حيث جاء في أحد القرارات أن "...عدم ذهاب الأجير للمصالح المختصة للتعريف بإمضائه لا ينهض دليلا على عدم الاعتداد بها ـ أي الاستقالة ـ ما دام لا ينازع في صدورها عنه و مادامت تتوفر على موجبات التصرف القانوني وغير مشوبة بالعيوب والضغوط المؤثرة في إرادة الأجير وقت تقديمه لهذه الاستقالة"[154].

ويرى البعض أن المشرع حين نظم الاستقالة اشترط لصحتها الكتابة واحترام أجل الإخطار، وبالتالي يجب العمل بهذا المقتضى واعتبار الاستقالة باطلة متى انتفت شروطها، وهو ما يعطي الأجير إمكانية الرجوع لعمله دون تجاوز غياب

---

11 من بينها ما جاء في القرار التالي " وثيقة الاستقالة لا يعتد بها ما دامت لا تتوفر على الشروط المذكورة ."
ـ حكم المحكمة الابتدائية الدار البيضاء، مداخلة إشكاليات مدونة الشغل والاجتهاد القضائي ضمن عقود العمل والمنازعات الاجتماعية، ص: 128.
12 قرار محكمة الاستيناف بالدار البيضاء ، ملف عدد 2006/4573، بتاريخ 5 يونيو 2006، مجلة قضاء المجلس الأعلى ص: 127.
13 قرار محكمة الاستيناف بالرباط رقم 1166، ملف عدد 15/2006/19 بتاريخ 6 شتنبر 2006، غير منشور.

أربعة أيام حتى لا يعتبر مرتكبا لخطأ جسيم. وفي هذا الصدد وجبت الإشارة إلى أن القضاء قد اختلف من حيث اعتباره للمغادرة التلقائية خطأ جسيما يعطي الحق للمشغل في فصل الأجير وبين عدم اعتباره كذلك.

وفي هذا الإطار نورد قرارا لمحكمة النقض جاء فيه : " حيث تعيب الطالبة على القرار نقصان التعليل الموازي لانعدامه ،ذلك أنه ورد في التعليل أن الإنذار بالالتحاق بالعمل توصلت به المطلوبة بتاريخ 2005/9/6 بعد رفع الدعوى أمام المحكمة بتاريخ 2005/8/15 مما جعله غير منتج ،لكن حيث إن العارضة هي مؤسسة للتعليم الأولي وأن شهر غشت هو شهر عطلة وبذلك تكون المطلوبة قامت برفع الدعوى قبل أوانها دون معرفة هل طردت من العمل أم لا وان عدم التحاق المطلوبة بالعمل يعتبر مغادرة تلقائية للعمل ويعتبر ذلك خطأ جسيما لا تستحق معه أي تعويض"[155].

هذا من جهة ، من جهة أخرى وفي نفس الإطار ،فكما يمكن تقديم الاستقالة من طرف الأجير ،وإن كان بطريقة مفاجئة بمحض إرادته ودون إكراه أو إجبار من طرف المشغل ،يمكن أيضا أن تتم بطريقة تعسفية إما من جانب الأجير نفسه ،حيث يلتزم المشغل بإثبات ذلك ،وإما من جانب هذا الأخير حيث يكون على الأجير إثبات واقعة انتزاع الاستقالة منه وإجباره على تقديمها مستوفية لشروطها[156]. لعل هذا ما يدفع بغالبية المشغلين،تفاديا لما يمكن أن يثار بشأن الاستقالة المقدمة من طرف الأجراء، إلزامهم بالمصادقة على التوقيع الذي تحمله ،بغية إضفاء نوع من الرسمية عليها كوثيقة يعتد بها عند الحاجة.

على أن الإشكال يثار متى ثبت أن الأجير اضطر إلى مغادرة العمل بحيث كان مكرها ، كما لو تم الضغط عليه بفرض ساعات عمل أكثر مما هو مقرر قانونا ،أو الإساءة إليه و إذلاله لدرجة تدفعه للتخلص من العمل والتخلي عنه ،بحيث يظهر أنه هو من غادر عمله دون سابق إنذار ولا احترام ما يقرره القانون ، وبالتالي حق للمشغل إما فصله أو المطالبة بالتعويض[157] او المطالبة برجوع الأجير إلى عمله[158] . وهو ما زكاه القضاء من خلال القرار التالي الذي اعتبر فيه أن : " تعرض الأجير للسب والشتم والاعتداء الجسماني من طرف مشغله أثناء قيامه بعمله يعد خطأ جسيما، يبرر إنهاء عقد الشغل من طرفه، مع استحقاقه التعويضات المقررة عن الفصل التعسفي ولا تعتبر مغادرته للشغل مغادرة تلقائية بل هي سبب النزاع الذي حصل بين الطرفين "[159].

14- قرار رقم 271، ملف عدد 2008/1/5/764، بتاريخ 24 مارس 2009 ، عن الموقع الإلكتروني : www.Socialmaroc.net

15 الاستقالة إما أنها استقالة عادية أو استقالة مقنعة ،كما يسميها الفقه ،وهي التي يكون فيها الأجير مكرها على تقديم استقالته بحيث لا يمكن كشف ذلك مادام أنه من يقوم بتقديمها إما بسبب المساومة والابتزاز الممارس عليه من طرف المشغل أو الضغط عليه بوسائل أخرى كتهديده مثلا مما تجعل إمكانية استمرار العمل القيام بما تقتضيه المهمة المنوطة به صعبة في مثل هذه الأوضاع . ومن القرارات القضائية التي زكت هذا الطرح ما صدر عن المجلس الأعلى حينما اعتبر أن نقل الأجير من مدينة لأخرى بكيفية غير مبررة يشكل فصلا تعسفيا الهدف منه الضغط على الأجير لكي يقدم استقالته.
- ملف اجتماعي عدد 8600/87، رقم 575 بتاريخ 3 أبريل 1989،
وفي قرار آخر:
" وحيث أن القرار المطعون فيه اعتبر أن استقالة المطلوب في النقض لم تكن اختيارية ونابعة عن إرادة إنهاء علاقة الشغل ،وإنما كانت اضطرارية ... وأن الاستقالة قدمت بعدما منعت الشركة الأجراء من استرداد حوائجهم التي بقيت محجوزة بمكاتبها واعتبرتهم ...مغادرين للعمل "
- قرار محكمة النقض، رقم 1630، ملف اجتماعي عدد 904/4/1/96، بتاريخ 1997/12/16، مجلة قضاء المجلس الأعلى ، عدد 53 - 54 ص: 259.
وفي قرار آخر :
"الأجير الذي أدلى باستقالته وهو بمخفر الشرطة نتيجة شكاية قدمت من طرف المشغل يجعله في حكم المستقيل اضطراريا لأن إرادته جاءت معيبة بأحد عيوب الرضى ألا وهو ألإكراه
- قرار رقم 1244، ملف اجتماعي عدد 2012/2/5/993 ن بتاريخ 26 شتنبر 2013 ، الموقع الإلكتروني : المرجع السابق.

16 جاء في الفقرة الأولى من المادة 41 من مدونة الشغل :" يحق للطرف المتضرر في حالة إنهاء الطرف الآخر العقد تعسفيا مطالبته بالتعويض عن الضرر".
17 يعتبر حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء من الأحكام التاريخية التي كانت سباقة في إبراز مدى أهمية دور القضاء في تكريس مبادئ القانون ،بل وتفسيرها أحيانا بما يحقق العدالة. وأهم ما جاء به هذا الحكم هو اعتباره أن تغيب الأجير عن عمله لاستقبال والديه بالمطار وهما عائدان بعد أداء فريضة الحج رغم عدم قبول المشغل ، حدث هام يدخل ضمن الأسباب الواردة في الفصل 12 من النظام النموذجي 1948 وليس تغيبا جسيما يبرر الطرد.
- حكم المحكمة الابتدائية رقم 1223، بتاريخ 10 يونيو 1982، المجلة المغربية للقانون عدد 2 ،سنة 1986 ،ص:120.
18 قرار محكمة النقض عدد 822، ملف اجتماعي عدد 106 /1/5 /2010 ، بتاريخ 1 يونيو 2011، منشور بالموقع الإلكتروني : www.socialmaroc.net

وعموما ،فمتى لم يتمكن المشغل من إثبات أن الأجير استقال من عمله برغبة منه ، وذلك بموجب استقالة تستجمع كافة شروطها من كتابة ومصادقة على الإمضاء وأيضا احترام مهلة الإخطار ، فإنه غالبا ما يدفع بكون الأجير غادر من تلقاء نفسه فيكون آنذاك ملزما بإثبات هذه المغادرة.

المبحث الثاني

إثبات المغادرة التلقائية

إن اعتبار أ المغادرة التلقائية غيابا غير مبرر من طرف الأجير، يطرح العديد من الإشكاليات يمكن إجمال أهمها في صعوبة التمييز بينها وبين العديد من المفاهيم القانونية ـ التي كانت محل دراسة في المبحث الأول من هذا الموضوع ـ خصوصا وأن المشرع لم يشر إليها ضمن صور الغياب المبرر أو صور الخطأ الجسيم. وعليه ،فكلما ادعى الأجير أنه كان عرضة لفصل تعسفي وطالب على هذا الأساس بتعويضه بالمستحقات التي يضمنها له القانون، رد المشغل بأن قراره بالفصل كان نتيجة تخلي الأجير عن عمله ومغادرته له بمحض إرادته ، لكن ما موقف القانون من ذلك وما رأي القضاء؟.

الفقرة الأولى : على من يقع عبء إثبات المغادرة التلقائية

عمد المشرع من خلال مقتضيات المادة 63 من مدونة الشغل إلى تحميل المشغل عبء إثبات مغادرة الأجير لعمله بصفة تلقائية[160] ، بحيث أن الطابع الحمائي لقانون الشغل والخصوصية الاجتماعية التي يتميز بها كانت وراء اتخاذ المشرع لهذا الموقف ، خصوصا متى علمنا أن القضاء قبل ذلك ـ اي قبل صدور مدونة الشغل ـ كان يحمل الأجراء عبء الإثبات في مثل هذه الأوضاع والحالات وهو ما كان يتسبب في ضياع حقوق العديد منهم.

وقد تبنى القضاء المغربي هذا الموقف في العديد من القرارات حينما اعتبر أن : "المحكمة لما ثبت لديها من خلال جلسة البحث أن المشغلة صدر في حقها حكم بالإفراغ وأن هذا الظرف يمكن توقعه من طرف المشغلة ولا يمكن إعفاؤها من مسؤوليتها كمشغلة ،فضلا عن ذلك فإنها لم تثبت أنه هو الذي غادر العمل من تلقاء نفسه.[161]" وفي قرار آخر: " أن المشغل وإن عرض على الأجير الرجوع إلى العمل وأكد رغبته في استمرار العلاقة الشغلية بحسب ما هو مضمن بمحضر محاولة الصلح المنجز من طرف مفتش الشغل، فإن ذلك لا يعد اتفاقا بين الطرفين على استمرارية عقد الشغل ولا يعفي المشغل من إثبات واقعة مغادرة الأجير لعمله إذ يتحمل هو عبء إثبات ما ادعاه بهذا الخصوص وإلا اعتبر منهيا لعقد الشغل بصفة تعسفية"[162].

وجاء في قرار ثالث لنفس المحكمة :

"حيث ثبت صحة ما تنعاه الطاعنة ،ذلك أنه كان من المقرر أن المشغل هو الملزم بإثبات وسائل الإثبات المعروضة عليه بهذا الخصوص، وأن يقيمها على النحو الذي يمكن محكمة النقض من بسط رقابتها على حسن تطبيق القانون"[163]. فالواضح من خلال ما سبق، أن القضاء تبنى المقتضى التشريعي الذي جاءت به مدونة الشغل من خلال المادة 63 التي أشارت إلى

---

19 ولعل قانون الالتزامات والعقود قد اقر هذا المبدأ حينما أكد من خلال مقتضيات الفصل 400 أنه :
" إذا أثبت المدعي وجود الالتزام كان على من يدعي انقضاءه أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه".

20 قرار محكمة النقض ، ملف اجتماعي عدد 2005/5/65 ، رقم 65 بتاريخ 19 أبريل 2005 ،أشارت إليه بشرى العلوي ،الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي ،ص:220.

21 قرار ملف عدد 2008/1/5/947 ،بتاريخ 13 ماي 2009 ،منشور بالموقع الإلكتروني:
www.alkanounia.net

2011 /1/5/877 ،بتاريخ 24 دجنبر 2011 ، غير منشور.قرار محكمة النقض رقم 1980 ، ملف اجتماعي عدد 22

أنه: " يقع على عاتق المشغل عبء إثبات وجود مبرر مقبول للفصل، كما يقع عليه عبء الإثبات عندما يدعي مغادرة الأجير لشغله" .

ومع أن النص القانوني واضح، إلا أن الأمر لا يخلو من الصعوبات خصوصا في الحالة التي يثبت فيها المشغل إرساله إنذارا يدعو فيه الأجير للرجوع لعمله ، وهو ما يستجيب له هذا الأخير،لكنه يصطدم بمنعه من اللحاق بعمله وولوج مقره ، حينها نكون أمام أجير يدعي منعه من العمل،مقابل ادعاء المشغل عدم التحاقه بعمله رغم إنذاره له . فعلى من يقع عبء الإثبات في هذه الحالة؟.

جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي : " لكن حيث أن الثابت لقضاة الموضوع أن الطاعن من توصل بإنذار من مشغلته بالرجوع إلى عمله ،غير أنه لم يستجب ولم يثبت رجوعه إليه مما ترتب عنه أنه هو الذي أنهى عقد العمل بمحض إرادته و دون سبب مشروع مما لا يستحق معه أي تعويض وهو ما انتهى إليه القرار وأنه لا وجه للاستدلال بمقتضيات الفصلين 41 ـ 43 من مدونة الشغل وعلى هذا الأساس جاء القرار معللا بما فيه الكفاية ..."[164]. وفي قرار آخر : " فالعارضة لما أثبتث بخلاف ما ذهب إليه القرار بأن المطلوب هو من غادر العمل بصفة طوعية وفق ما استظهرته من إنذارات تدعوه من خلالها للالتحاق بعمله دون جدوى، علما أن مغادرته تزامنت مع الشروع في نشاط شركته الخاصة والتي يعتبر مسيرها ومتصرفها الوحيد وهو ما يفسر عدم استجابته لمطلب العارضة بالرجوع إلى العمل خصوصا وأنه ظل يتوصل بالتعويضات عن التنقل وتوابعها حسب الثابت من المستندات المدلى بها وأن ذات القرار تضمن تحريفا ولم يقدر دعوتها له بالرجوع اثناء جلسة الصلح لدى مفتش الشغل"[165].

فالملاحظ من خلال هذه القرارات ،أن عبء الإثبات انقلب ليصبح الأجير ملزما بإثبات رجوعه إلى العمل بعدما ثبت توصله بإنذار المشغل له ، وذلك بما يفيد أن هذا الأخير امتنع عن إرجاعه لعمله. لكن ما هي الوسائل الممكن اعتمادها في إثبات المغادرة التلقائية أو في نفيها؟.

الفقرة الثانية : كيف يمكن إثبات المغادرة التلقائية؟

لم يحدد المشرع المغربي وسائل معينة يمكن اعتمادها في إثبات مغادرة الأجير التلقائية لعمله، وهو ما يجعلنا نطرح السؤال التالي : هل المشغل ملزم متى غادر الأجير عمله بصفة تلقائية ،أن يقوم بتوجيه إنذار يعلمه فيه بالرجوع إلى عمله في حالة استمرار غيابه أم أن الوضع لا يستدعي هذا الإجراء مادام الأمر لا يتعلق بفصل تعسفي؟. بتعبير آخر، هل يجب على المشغل احترام مسطرة الفصل في مثل هذه الأوضاع؟. جوابا على هذا السؤال، اهتدى القضاء بداية غلى أن المشغل ملزم بتوجيه إنذار للأجير يعلمه فيه بالرجوع إلى العمل ، ومتى أغفل ذلك اعتبر قراره بالفصل قرارا تعسفيا وكان غير مشروع. وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض: "وحتى على افتراض أن الأجير غادر عمله من تلقاء نفسه، فالفصل 11 من القانون 1948/10/23 لا يعفيه من توجيه هذه الرسالة ،وطالما أن الطاعن لم يوجه إنذارا والرسالة المشار إليها فإن محكمة الموضوع تكون قد طبقت ضمنيا الفصلين المذكورين عندما اعتبرت فسخ العقد فسخا تعسفيا"[166].

لكنه غير من موقفه في مرحلة لاحقة، وذلك لاعتبارات سبق ذكرها ،جعلته يقبل في مرات متعددة إثبات المغادرة التلقائية بأية وسيلة من وسائل الإثبات مادام الأمر يتعلق بواقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الوسائل. بل أكثر من ذلك اعتبر أن توجيه الإنذار أو مقرر الفصل ليس لازما في حالة المغادرة التلقائية، وهو ما أقره حينما أكد على أنه : "بخصوص ما أثير بالوسيلة الثالثة من أن المطلوب لم يحترم التدرج في توقيعه العقوبة لا يطبق إلا في حالة ارتكاب الأجير لخطأ غير جسيم،

---

23 قرار عدد 1117، ملف اجتماعي عدد 2008/1/5/109 ،بتاريخ 26 نونبر 2008. منشور بالموقع الإلكتروني: www.caa.ma

24 قرار محكمة النقض عدد 1980 ، ملف اجتماعي عدد 2011/1/5/827 ، بتاريخ 29 دجنبر 2011 ، غير منشور.

25 قرار رقم 707، ملف اجتماعي عدد 5112، بتاريخ 12 نونبر 1984، مجلة قضاء المجلس الأعلى ، عدد39 نونبر 1986، ص:137.

كما أن توجيه مقرر الفصل إلى الأجير ونسخة منه إلى مفتش الشغل يدخل في إطار مسطرة الفصل التأديبي التي لا تعتبر لازمة في حالة المغادرة التلقائية للأجير"[167].

وفي هذا الصدد يرى البعض أن الاعتماد على توجيه الإنذار كوسيلة لإثبات المغادرة التلقائية للأجير، ينافي قواعد العدالة والإنصاف ،بحيث قد يتغيب الأجير عن العمل لمدة طوية ثم يدعي طرده بصفة تعسفية تجعل المشغل أمام صعوبة إثبات توجيهه إنذارا متى طلبت منه المحكمة ذلك وتمسك هو بمغادرة الأجير عمله من تلقاء نفسه.

وعموما، واعتبارا لما سبق ،فإن القضاء لم يعد يرى أي مانع في اعتماد شهادة الشهود الذين تربطهم علاقة عمل بالمشغل تقوم أساسا على التبعية ،لإثبات المغادرة التلقائية وهو ما تبناه في العديد من القرارات من بينها ما أقرته محكمة الاستيناف بالرباط بقولها:

" وحيث بخصوص المغادرة التلقائية، فالمحكمة سبق لها أن استمعت لشهود المشغل الذين أفادوا بأن الأجير غادر من تلقاء نفسه ليعمل بمقهى بالرباط.

وحيث أن الأجير غادر من تلقاء نفسه يكون غير محق في التعويض عن الطرد والإخطار"[168].

وفي قرار آخر:

" لكن، وخلافا لما نعته الوسائل على القرار، فإن تمسك المطلوب في النقض ـ المشغل ـ بمغادرة الطالب عمله تلقائيا يلقي عليه عبء إثبات ما ادعاه، ومحكمة الاستئناف استجابة لطلبة أمرت بإجراء بحث استخلصت ، بما لها من سلطة تقدير شهادة من استمعت إليهم من شهود .....أ، الطالب هم من غادر عمله بمحض إرادته بل ورفض الرجوع إليه، والمشغل وإن كان غير ملزم بإنذار أجيره بالرجوع إلى العمل ولا بدعوته لذلك فقد بعث بممثله لدعوة الطالب للرجوع حسب الثابت من محضر البحث..."[169].

" ...وباعتبار أن الشاهد المستمع إليه من قبل المحكمة الابتدائية قد صرح بأنه سمع المطلوب يطلب من الطالب الالتحاق بعمله، وإلا أن هذا الأخير أجابه بأنه لم يعد يرغب في العمل فإن مغادرة الطالب لعمله تبقى ثابتة في حقه.[170]"

خلاصة القول، أن المشغل ملزم بإثبات المغادرة التلقائية ، باعتماده على أية وسيلة من وسائل الإثبات المحددة في الفصل 404 من ق ل ع[171]، وأهمها شهادة الشهود، كما يكون له أن يثبت ذلك بتوجيه إنذار للأجير من أجل الرجوع للعمل، هذا الإنذار الذي يجب أن يتم بعد مغادرة الأجير لعمله وقبل تقديم هذا الأخير لدعواه ضد المشغل حتى لا يواجه بالدفع الذي يقضي بأن المشغل يخلق الحجة بمناسبة النزاع القائم . ولعل قرار محمكة النقض الذي نقضت فيه قرار محكمة الاستيناف واعتبرت ما جاء فيه غير معلل ، دليل على ذلك. يقول القرار: " وحيث تعيب الطاعنة على القرار المطعون فيه بالنقض خرق المادتين 62 و 64 من مدونة الشغل باعتبار انه علل بحيثية جاء فيه : " وحيث أنه علاوة على ان الاستدعاء

---

26 قرار عدد 1158 ، ملف اجتماعي عدد 141/5/1/2010 ،بتاريخ 22 أكتوبر 2011، منشور على الموقع الإلكتروني للجريدة الإلكترونية : القانونية.

27 قرار الغرفة الاجتماعية رقم 808، ملف اجتماعي عدد 15/03/429، بتاريخ 17 يوليوز 2004، الموقع الإلكتروني : www.marocdroit.com

28 قرار محكمة النقض ملف اجتماعي عدد 2008/1/5/165، بتاريخ 29 نونبر 2008، www.caa.ma

29 قرار عدد 1158،ملف اجتماعي عدد 20109/1/5/141،بتاريخ 22 شتنبر 2011، منشور بالجريدة الإلكترونية القانونية.
وفي نفس السياق نقضت محكمة النقض قرار لمحكمة الاستيناف لم تسمح فيه للطاعنة باستعمال الشهود لإثبات المغادرة والذي جاء فيه:
"عدم الجواب على دفع المشغل بالمطالبة بالاستماع إلى شهود لإثبات المغادرة التلقائية يعتبر خرقا للفصل 404 من ق ل ع,
حيث إن الطاعنة طلبت الاستماع إلى شهود إثبات المغادرة التلقائية للعمل في مذكرتها....وإن المحكمة بعدم استجابتها لهذا الطلب بعلة أن على الشركة الطاعنة الادلاء بسند كتابي ، نسخة إنذار مما تفيد اتخاذها إجراء تأديبيا، تكون قد استبعدت وسيلة من وسائل الإثبات المنصوص عليها في الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود وعرضت قرارها للنقض".
ـ قرار محكمة النقض عدد 858 ، ملف اجتماعي عدد 86/ 8432، بتاريخ 15 ماي 1989، مجلة المجلس الأعلى عدد 43، ص:

30 جاء فيه:
" وسائل الإثبات التي يقررها القانون هي:
1 ـ إقرار الخصم ، 2 ـ الحجة الكتابية ، 3ـ شهادة الشهود ، 4 ـ القرينة ،5 ـ اليمين والنكول عنها."

المذكور لم يوجه إلا بعد تقديم الدعوى، فإنه يثبت شروع المستأنفة في سلوك مسطرة الفصل، ومادامت قد بدأت في سلوك مسطرة الفصل فإن الدفع بالمغادرة التلقائية يبقى غير مؤسس ويكون بالتالي الفصل ثابتا"[172].

إن المغادرة التلقائية باعتبارها غيابا غير مبرر، تقتضي الإثبات حتى لا تكون حجة ضد الأجير، وتعطي المشغل الحق متى تمكن من إثباتها، في استعمال سلطته التأديبية والتي قد تصل أحيانا إلى حد الفصل، خصوصا بعد تراجع القضاء عن اتجاهه الذي كان يقضي فيه بوجوب توجيه إنذار للأجير، حيث أصبحت الحرية في الإثبات هو ما يعمل به على أساس أن المغادرة التلقائية واقعة مادية. والحقيقة أن خصوصية هذه المغادرة تستوجب خصوصية حتى في وسائل إثباتها.

31 قرار محكمة النقض عدد 473 ، ملف اجتماعي عدد 2913 /998/5/1 ، بتاريخ 3 أبريل 2014 ، منشور بالموقع الإلكتروني www.Agendaffaires.com

مجلّة الشّغل والاتفاقيّات المشتركة

سناء سويسي

مساعدة بكليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس

1- تحتكم القواعد القانونيّة في نشأتها إلى مجموعة مصادر[173] ميّز الفقه تقليديّا بينها على أساس ما هو مادّي وما هو شكليّ[174]، ليعكس الأوّل مختلف "القوى المنتجة للقانون"[175] أو بصورة أدقّ الأصول الفكريّة والواقعيّة الّتي تمازجت فتمخّضت عنها قاعدة قانونيّة. فهو الدلالة على المنبع الذي تُستقى منه القاعدة القانونيّة أي جملة المعطيات الاقتصاديّة والسياسيّة والثقافيّة والاجتماعيّة والدينيّة الّتي تقف وراء نشأة القانون[176]، ويشير الثّاني في المقابل لطرق الإفصاح عن القاعدة القانونيّة فيتمثّل في الوسيلة التقنيّة الّتي يتّخذ بها المصدر المادّي شكل القاعدة القانونيّة الملزمة[177].

2- وعلى أهمّية المصادر الماديّة استرعت المصادر الشكليّة باهتمام أكبر من رجال القانون خاصّة مع تحوّلها وتجدّدها نتيجة التوجّه نحو "عولمة وخوصصة الإنتاج القانوني" « Les mouvements d'internationalisation et de privatisation de la production normative »[178]. ممّا أفرز تعدّدا في الأطراف المؤهّلة لوضع القواعد القانونيّة.

3- ولقد مثّلت بعض المصادر الشكليّة لقانون الشّغل قاسما مشتركا بينه وبين غيره من الفروع القانونيّة احتلّ التّشريع[179] المقدّمة فيها كترجمة لمنهج التّقنين وما عكسه من تفوّق للقاعدة التّشريعيّة الّتي اكتسحت جميع مجالات الحياة[180]، في حين تميّز في البعض الآخر منها، كتجسيد لأحد عناصر خصوصيّته النابعة أساسا من طابعه الواقعي[181] في إفراز لمصادر مهنيّة تنشأ القواعد صلبها عن الأطراف الاجتماعيّة في إطار العلاقات الشّغليّة استجابة لضرورة التّنظيم الذّاتي والقدرة عليه[182]. وتعتبر في هذا الصّدد مجلّة الشّغل أهمّ مصدر يندرج ضمن الصّنف الأوّل في حين تحظى الاتفاقيّات المشتركة للعمل في المقابل بالأولويّة صلب الصّنف الثّاني[183].

---

[173] يحتمل مصطلح مصادر القانون عدّة معانٍ : انظر في هذا الشّأن :

Thibierge (C.) : Sources du droit, sources de droit : une cartographie, in « Libres propos sur les sources du droit », Mélanges en l'honneur de Jestaz (Ph.), Dalloz, 2006, p. 529. « Huit manières d'entendre la notion de sources de droit : la source fondatrice, les forces créatrices, les instruments créateurs, les créateurs, les processus créateurs, les activités créatrices et les normes créés ».

[174]Carbonnier (J.) : Droit civil, Introduction, 26ème éd., P.U.F. 1999, p. 22 et s.

-Ghestin (J.), Goubeaux (G.) et Fabre-Magnan (M.) : Traité de droit civil, Introduction générale, L.G.D.J., Paris, 1994, p. 193/194.

محمّد كمال شرف الدّين : قانون مدني، النّظرية العامّة، الأشخاص، إثبات الحقوق، المطبعة الرسميّة للجمهورية التّونسية، 2002، ص 56/55.

[175]Ripert (G.) : Les forces créatrices du droit, L.G.D.J., 1955.

[176]Malaurie (Ph.) et Morvan (P.) : Introduction générale au droit, Défernois, 2004, n° 29.

[177]Gény (F.) : Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, 2ème éd., L.G.D.J., 1919, p. 237.

« Les injonctions d'autorités extérieures à l'interprète et ayant qualité pour commander à son jugement, quand ces injonctions compétemment formées ont pour objet propre et immédiat la révélation d'une règle qui serve à la direction de la vie juridique ».

[178]Dirringer (J.) : Les sources de la représentation collective des salariés, Contribution à l'étude des sources du droit, Thèse de Droit privé, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, U.F.R. de droit et des sciences politiques, 2012, p. 27.

[179]يشمل التّشريع في هذا المعنى : الدستور خاصّة وأنّه يتضمّن بعض الحقوق الأساسيّة الّتي تهمّ قانون الشّغل مثل الحقّ في الشّغل والحقّ النقّابي وحقّ الإضراب، ومختلف القوانين والتراتيب.

[180] سنية العشّ ملاّك : العرف والعادة في مجلّة الالتزامات والعقود، مائويّة مجلّة الالتزامات والعقود (1906-2006)، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، مركز النشر الجامعي، 2006، ص 138.

[181]Rivero (J.) et Savatier (J.) : Droit du travail, Thémis Droit, P.U.F., 1981, p. 67, p. 372.

[182]Supiot (A.) : Un faux dilemme : La loi ou le contrat ?, Dr.Soc., n°1, 2003, p. 61.

[183] اعتبارا لأنّ النظام الدّاخلي للمؤسّسة كمصدر مهني يثير الكثير من الجدل إلى درجة القدح في قيمته كمصدر من مصادر قانون الشّغل خاصّة وأنّ المؤجّر هو الذي حدّد مضمونه بصورة آحادية، ثم إنّ المشرّع التّونسي لا ينظّم هذه المسألة.

انظر في هذا الشّأن :

Lyon-Caen (G.) : Une anomalie juridique, le règlement intérieur, D. 1969, Chron., p. 247.

ثمّ إنّ العرف المهني يحتلّ بدوره مكانة ثانوية خاصّة وأنّه يجب أن لا يخالف النصّ الصريح (الفصل 543 م.ا.ع.) ومن يستند إلى عرف يتعيّن عليه إثباته (الفصل 544 م.ا.ع.).

4- وتقدّم مجلّة الشّغل كتجميع لنصوص قديمة أكثر منها تقنينا حديثا بأتمّ معنى الكلمة، فهي التأليف لما تفرّق من أوامر عليّة صدرت منذ 1910 [184] لتنظيم أغلب جوانب العلاقة الشّغليّة في ظلّ قصور مجلّة الالتزامات والعقود عن ذلك رغم أسبقيّتها التاريخيّة في وضع أحكام تعنى بعلاقات العمل وذلك في باب "الإجارة على خدمة الآدمي"[185]، وعدم استجابتها للوضعيّة الخاصّة للأجير باعتباره الطّرف الضّعيف في العقد لقيامها على مبدأ المساواة والعدالة العقديّة. ونظرا لتشتّت مختلف هذه النّصوص وتعدّدها تمّ تجميعها في مجلّة وهي مجلّة الشّغل الصّادرة في 30 أفريل 1966 لتكون جامعة لما تفرّق من نصوص وضابطة للمبادئ الأساسيّة الّتي يقوم عليها الشّغل بين الشغّالين وأرباب العمل[186]، ولقد شهدت هذه المجلّة جملة من التنقيحات الهامّة يعود الفضل لبعضها[187] في ترسيخ البعد الاتّفاقي الجماعي لقانون الشّغل عبر التوجّه نحو دعم وجود الاتفاقيّات المشتركة صلب المنظومة القانونيّة.

5- وتعرّف الاتفاقيّات المشتركة للعمل بأنّها "اتّفاق متعلّق بشروط العمل مبرم بين المؤجّرين المنظّمين لكتلة أو القائمين شخصيّا من جهة وبين مؤسّسة أو عدّة مؤسّسات نقابيّة للعمّال من جهة أخرى"[188]، فهي ثمرة التفاوض الجماعي بين الفاعلين المهنيّين. ولقد أهّلها ذلك لاحتلال مكانة هامّة في قانون الشّغل المعاصر باعتبارها تمثّل من جهة أداة لتحقيق السّلم الاجتماعيّ بالنّظر لكونها تقنية لتعديل الكفّة بين المؤجّر والعمّال التّابعين له، وأداة لتجنّب انفراد الدّولة بتنظيم العلاقات المهنيّة من جهة أخرى[189]. ويحيل هذا الدّور الأخير الذي تلعبه الاتفاقيّات المشتركة للعلاقة القائمة بينها وبين مجلّة الشّغل في بلورة للتواجه بين التّشريعي والتّعاقدي خاصّة وأنّه لا يخفى أنّ هذا البعد الأخير هو الذي مثّل منطلقا لنشأة قانون الشّغل[190]، ثمّ إنّ اقترابها من النصّ التّرتيبي من حيث آثارها باعتبار أنّها تخلق وضعيّة قانونيّة موضوعيّة لا مجرّد وضعيّة شخصيّة وتتضمّن قواعد تتّصف بالعموميّة والتجريد والالزام تتعدّى دائرة الأطراف الموقّعة عليها[191] نتيجة مصادقة وزير الشّؤون الاجتماعيّة عليها والّتي تجعلها تفرض أحكامها على جميع الأشخاص الذين يشملهم مجال تطبيقها بقطع النّظر عن إرادتهم[192]، لم يكن ليشفع لها لانتزاعها من دائرة العقود وإلحاقها بدائرة النّصوص التّرتيبيّة بسبب نشأتها مثل العقد[193] بناءً على التّفاوض بين المنظّمات المهنيّة طبيعة تعاقديّة أكّدت عليها محكمة التّعقيب في قرار حديث لها ناقضت فيه ما سبق أن ذهبت إليه من اعتماد قواعد تأويل النّصوص القانونيّة في تفسير مضمون الاتفاقيّة، في دلالة على اقترابها من النصّ التّرتيبي أو القانون بالمفهوم الواسع أكثر من اقترابها من العقد[194]، حيث اعتبرت "أنّ اللّجوء إلى قواعد التّأويل والتّفسير تقتضي تحديد طبيعة النصّ المراد تطبيقه باعتبار أنّ الاتفاقيّات القطاعيّة وإن تخضع لمبدأ مصادقة الوزير المكلّف بالشّؤون الاجتماعيّة كشرط لدخولها حيّز التّطبيق فإنّها مع ذلك تحافظ على صبغتها التّعاقديّة... وحيث

---

[184] يعتبر الأمر العليّ الصادر في 15 جوان 1910 بمثابة التقنين الصغير للعمل إذ حدّد ساعات العمل اليومي بـ10 ساعات ونظّم شروط خدمة الأطفال والنساء كما حدّد قواعد مراقبة خدمة الصنّاع وحفظ الصحّة والأمن في الورشات ونظّم أيضا الإطار التفقّدي للشغل، كما كرّس الأمر العليّ المؤرّخ في 20 أفريل 1921 الحق في الراحة الأسبوعيّة وأقرّ الأمر العليّ المؤرّخ في 16 نوفمبر 1932 الحق النّقابي وفي 7 أوت 1936 صدرت 3 أوامر عليّة حدّد الأوّل مدّة العمل الأسبوعيّة بـ40 ساعة ونصّ الثاني على حقّ العامل في العطلة الأسبوعيّة خالصة الأجر وأقرّ الثالث حق النقابة في المفاوضة الجماعيّة مع الأعراف وتواترت بعد ذلك الأوامر ويمكن في هذا الإطار ذكر :

- أمر 14 نوفمبر 1940 المكرّس لمبدأ وجوب تفقّد الطّرد لأسباب اقتصاديّة من طرف مصالح التفقديّة.
- أمر 21 سبتمبر 1944 الذي أقرّ تطبيق تشريع العمل على الصّنائع الحرّة.
- أمر 19 جانفي 1950 المتعلّق بتنظيم المسائل الّتي تهمّ تأسيس المجالس العرفيّة.

[185] الفصول 828 إلى 865 م.ا.ع.

[186] مداولات مجلس الأمّة، الرّائد الرسمي عدد 21، نوفمبر 1996، ص 254.

[187] خاصّة تنقيحي 15 جويلية 1996 و2 أفريل 2007.

[188] الفصل 31 م.ش.

[189] النّوري مزيد : القاضي وقانون الشّغل محاولة تحليليّة لدور القاضي في النزاعات الشّغليّة، منشورات رؤوف يعيش، 2002، ص 83.

[190] Supiot (A.) : art., précité, p. 59.
« Ce droit est né de l'irruption du travail dans la sphère du contrat… la contractualisation des relations de travail est donc de ce point de vue une chose ancienne que fondamentale ».

[191] Durand (P.) : Le dualisme de la convention collective, R.T.D.civ., 1939, p. 353.

[192] الفصل 38 م.ش.

[193] Durand (P.) : art. précité, p. 353.

[194] قرار تعقيبي مدني عدد 4723 مؤرّخ في 10 فيفري 1982، ن.م.ت. 1982، ج I ، ص 331. تعلّق الأمر بقضيّة تهمّ مؤجّرا يسيّر مقهى من الصّنف الأول وقد رفض تطبيق الاتفاقيّة المشتركة للمقاهي والحانات والمطاعم على أحد العمّال التابعين له باعتبار أنّ تلك الاتفاقيّة لا تنسحب على مقاهي الصّنف الأوّل مثل المقهى الذي يسيّره ولقد أقرّت محكمة التّعقيب استنادا على القاعدة الواردة بالفصل 533 م.ا.ع. "إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها"، أنّه طالما أنّ الاتفاقيّة المذكورة لم تستثن أيّ صنف من أصناف المقاهي صراحة أو ضمنيّا فلا مجال للقول بعدم انطباقها على الصّنف الأوّل من المقاهي.

يكون القرار المطعون فيه قد خالف مقتضيات القانون حين اعتمد الفصل 533 من م.ا.ع. المتعلّق بالنّصوص القانونيّة والحال أنّ النصّ موضوع التفسير ذو طبيعة عقديّة وكان عليه اعتماد قواعد تفسير العقود الواردة بالفصل 513 وما بعده من م.ا.ع."[195].

6- ولقد عرفت العلاقة بين المصدرين تاريخيّا ونتيجة لترابطهما تأرجحا يتجاذبه أفول النصّ التّعاقدي مقابل إشعاع النصّ التّشريعي في مراحل، وانتكاسة النصّ التّشريعي مقابل انتعاشة النصّ التّعاقدي في مراحل أخرى.

فنتيجة لما خوّله المشرّع للنقّابات من صلاحيّة إبرام الاتفاقيّات المشتركة للعمل سنة 1936 عرفت هذه الأخيرة أوجها، حيث أبرمت حوالي 75 اتفاقيّة مشتركة في ظلّ أمر 1936 كان لها الدّور الفاعل في بناء تشريع العمل التّونسي[196]، على أنّ هذه الوضعيّة لم تدم إذ أنّ صدور أمر 5 نوفمبر 1949 كان له التأثير السّلبي على إبرام العقود المشتركة حيث لم يسجّل منذ ظهوره وإلى حدود سنة 1966 تاريخ صدور مجلّة الشّغل سوى إبرام ثلاث اتفاقيّات فقط[197] بسبب تنصيصه على ضرورة موافقة الوزير المعنيّ كي تصبح الاتفاقيّة نافذة المفعول في حين كان دور السّلطة العموميّة ينحصر في القيام بجمع الأطراف للتّفاوض والتعاقد، ومنعه تضمّن الاتفاقيّات بنودا تهمّ الأجور والمنح والتّصنيف المهني.

وأمام تواصل تحجير التفاوض حول الأجور في الستّينات[198] تمّ تجميد المفاوضات الجماعيّة وتقلّصت أهميّة الاتّفاقيّات المشتركة لاحتكار الدّولة صلاحيّة ضبط الأجور ومراجعتها ولم تسترجع مكانتها إلاّ مع التراجع عن التوجّه التّعاضدي وإقرار سياسة اقتصاديّة ليبراليّة في بداية السّبعينات، إذ شهدت علاقات الشّغل حركيّة جديدة نتيجة وضع حدّ لتحجير التفاوض في مادّة الأجور بموجب الأمر عدد 247 المؤرّخ في 26 ماي 1973.

ويعتبر هذا التاريخ بداية لمرحلة جديدة لتكريس السّياسة التّعاقديّة نتيجة التّخفيف من وصاية الدّولة على النقّابة والعلاقات الشّغليّة[199]، ليتخلّى المشرّع بذلك تدريجيّا عن الانفراد بتنظيم العلاقة الشّغليّة وترك الأمر لإرادة الأطراف الاجتماعيّة. فبمجرّد إبرام الاتفاقيّة الإطاريّة المشتركة في 20 مارس 1973 بين الاتّحاد العام التّونسي للشّغل والاتّحاد التّونسي للصّناعة والتّجارة والصّناعات التقليديّة وعلى أساس ما تضمنّته هذه الاتفاقيّة من أحكام عامّة تسحب على جميع النشاطات غير الفلاحيّة الخاضعة لمجلّة الشّغل تلاحقت الاتفاقيّات المشتركة القطاعيّة، كما أبرمت بعض الاتفاقيّات المشتركة على مستوى المؤسّسات لتمثّل بذلك الاتفاقيّات المشتركة أهمّ مصدر من مصادر قانون الشّغل خلال السّبعينات والثّمانينات خاصّة إزاء جمود مجلّة الشّغل والّتي لم تعرف أولى أهمّ تنقيحاتها إلاّ سنة 1994. فالعلاقات الشّغليّة أضحت محلّ تفاوض ولم يعد الأمر متعلّقا بعلاقة شغليّة موحّدة يضبط المشرّع محتواها بصورة نموذجيّة بل أصبحت الأطراف الاجتماعيّة قادرة بدورها على أن تنظّم نفسها بنفسها ولا شكّ أنّ الرّغبة في الحدّ من هيمنة الدّولة على العلاقات المهنيّة تجسّدت عبر تطوير القواعد المهنيّة[200].

7- وحريّ في هذا المجال التّساؤل عن الأساس المعتمد لجعل الأطراف المهنيّة شركاء مع المشرّع في وضع القواعد القانونيّة أو بالأحرى أساس إدراج القواعد التفاوضيّة صلب المنظومة القانونيّة ؟. لم تحظ الإجابة على هذا التساؤل بإجماع فقهي وبرزت في إطاره نظريّتين تستند الأولى – وهي الّتي تجد مصدرها في الفقه الألماني –[201] إلى "الاستقلاليّة الجماعية" أو "استقلاليّة الأطراف الاجتماعيّة" « La théorie de l'autonomie collective » ، في حين تقوم الثانية على فكرة

---

[195] قرار تعقيبي مدني عدد 12226 مؤرّخ في 16 فيفري 2015 (غير منشور).

[196] محمّد الزّمني : الاتفاقيّات المشتركة وعلاقات العمل الجماعيّة في تشريع العمل التّونسي، المجلّة التّونسية للقانون الاجتماعي عدد 1، 1986، ص 97 وما بعده.

[197] محمّد الزّمني : المقال السابق، ص 98.

[198] نصّ الفصل 51 م.ش. على أنّه "بصفة انتقاليّة وإلى تاريخ سيقع تعيينه بمقتضى أمر فإنّ الاتّفاقيّات المشتركة لا يمكن أن تتضمّن أيّ حكم يتعلّق بالأجور أو بالمنح الزّائدة على الأجر".

[199] Tarchouna (M.) : La négociation collective en Tunisie, Thèse pour le Doctorat d'Etat en droit, Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), 1986 , p. 220.

[200] Jeammaud (A.) et Masse-Dessen (H.) : Quel avenir pour la loi face à la négociation collective, S.S.L., 2006, n° 1257.

[201] انظر في هذا الشّأن :

Lyon-Caen (G.) : Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, R.T.D.civ., 1974, p. 224.

"التفويض التّشريعي للسلطة"[202] في العلاقات الاجتماعيّة « La théorie de délégation étatique du pouvoir » . فطبقا للتصوّر الأوّل تكوّن الاتفاقيّات المشتركة قانونا تلقائيّا مستقلاّ عن التّشريع لا يعزى في تطبيقه لإرادة المشرّع وأساس ذلك تعدّد مصادر القانون[203]، ليقوم إلى جانب النّظام القانونيّ الصّادر عن الدّولة أنظمة أخرى مستقلّة عنها[204] ومنها الاتفاقيّات المشتركة، وينتمي هذا القانون للنّظام القانونيّ الخاصّ الذي يتكوّن من مجموعة القواعد المتمخّضة خارج إرادة الدّولة"[205]، فإرادة المجموعة تنشأ هي الأخرى قواعد قانونيّة تستجيب لحاجيّاتها وتكتسب صفة القانونيّة من واضعيها[206]. في المقابل تتمسّك النّظريّة الثانية باحتكار الدّولة لوضع القانون حيث لا تقرّ إلاّ بما يصدر عن سلطة الدّولة من تشريع[207] وبالتّالي لا يمكن أن تجد الاتفاقيّات المشتركة وجودا قانونيّا لها إلاّ انطلاقا من الإجازة الصّريحة أو الضمنيّة للمشرّع، وتبدو هذه النّظريّة الأكثر تلاؤما مع المنطق الذي يقوم عليه التّنظيم القانونيّ التّونسيّ للاتفاقيّات المشتركة[208].

8- وتماشيا مع هذا التصوّر يتأكّد أنّ أهمّية الاتفاقيّات المشتركة تتأثّر حتما بالتوجّهات المتغيّرة والمعتمدة في قانون الشّغل والمتبلورة صلب مجلّة الشّغل بناءً على التنقيحات المدرجة فيها، لتشكّل وتصاغ علاقات حديثة بين المصدر الاتّفاقي والمصدر التّشريعي في ظلّ السّياق الواقعي المتجدّد والمعطيات الاقتصاديّة والاجتماعيّة والسياسيّة المتغيّرة والمؤثّرة فيما يتنازع قانون الشّغل اليوم بين مقتضيات الوظيفة الحمائيّة وضرورات نجاعة المؤسّسة، حيث يبحث فيها المعطى الاقتصادي على التّرفيع في الانتاج وتحقيق الأرباح ومواكبة التطوّر التكنولوجي والتّقني في حين يسعى الثّاني إلى الحصول على حقوق ومنافع اجتماعيّة جديدة لفائدة العملة ويتميّز الأخير ببروز ديمقراطيّة سياسيّة يفترض أن تعزّز بأخرى اقتصاديّة واجتماعيّة تبرز أهمّيتها بصفة خاصّة في مجال العلاقات المهنيّة بين العمّال وأصحاب العمل[209]، وبين هذا العنصر وذاك تبرز عبارات المرونة القانونيّة والتشارك كعناوين تقدّم للاستدلال على تطوّر السياسة التعاقديّة[210] ترجمه صدور الاتفاقيّة المشتركة الإطاريّة في القطاع الفلاحي الممضاة بتاريخ 13 أكتوبر 2015 والمصادق عليها في 17 نوفمبر 2015 [211]، ودعمه إبرام العقد الاجتماعي بتاريخ 14 جانفي 2013 من الشّركاء الاجتماعيّين الثّلاثة[212] فضلا على تجسيده التعدّدية النقابيّة واقعيّا بعد أن سبق تكريسها قانونيّا.

9- ولقد أصبح في هذا الإطار التّساؤل ملحّا عن المكانة الّتي باتت تحتلّها اليوم مجلّة الشّغل كمصدر من مصادر قانون الشّغل في ظلّ انتعاشة السياسة التّعاقديّة ؟ فهل يمكن الحديث عن تراجع لأهميّتها في تنظيم العلاقات الشغليّة مع التطوّر الذي باتت تعرفه القواعد الاتفاقيّة، أم بقيت محافظة رغم ذلك عن دورها الرّيادي صلب المنظومة القانونيّة القائمة ؟

10- بعيدا عن إمكانيّة إقصاء أحد المصدرين والإبقاء على الآخر، والقول بتفضيل أحدهما دونا عن الآخر، طالما وأنّه لا يمكن التّعامل بمعنى الإطلاقيّة والحسم في اختيار المصدر التعاقدي أو التّشريعي دون سواه[213] تفترض الإجابة في هذا

---

[202]Lyon-Caen (G.) : art. précité, p. 224.
[203]Tarchouna (M.) : Thèse précitée, p. 1107.

انظر في هذا المعنى :

Carbonnier (J.) : Sociologie juridique, P.U.F., Paris, 1978, p. 209.
[204]Auby (J.-B.) : Décentralisation et pluralisme juridique, Mélanges Amselek (P.), Bruylant, Bruxelles 2005, p. 40 et s.
[205]Lyon-Caen (G.) : art. précité, p. 224.
[206]Roubier (P.) : Théorie générale de droit, 2ème éd., Dalloz, 2005, p. 32 et s.
[207]Roubier (P.) : L'ordre juridique et la théorie des sources du droit, Mélanges Ripert (G.), T.I, L.G.D.J., Paris, 1950, p. 10/23.
[208]Tarchouna (M.) : Thèse précitée, p. 1112.
[209]النّوري مزيد : قانون العمل بين الوظيفة الحمائيّة ونجاعة المؤسّسة، الملتقى الذي نظّمته الجمعيّة التّونسية لمتفقّدي الشّغل : من أجل تطوير نجاعة المؤسّسة في مواجهة التحدّيات الراهنة، 10-11 ديسمبر 2014، ص1.
[210]Chouraqui (A.) : Normes sociales et règles juridiques, quelques observations sur des régulations désarticulées, Droit et société, vol. 13, n° 1, 1989, p. 423.
[211] الرّائد الرسمي للجمهوريّة التّونسية عدد 94، 25 نوفمبر 2015، ص 3247 – 3254.
[212] الحكومة التّونسية والاتحاد العام التّونسي للشّغل والاتحاد التّونسي للصّناعة والتجارة والصّناعات التّقليديّة.
[213]Supiot (A.) : art. précité, p. 59.

الصّدد الوقوف أوّلا عند التّفاعل القائم بينهما (**الجزء الأوّل**) مع الإقرار في نفس الوقت باستقلاليّتهما عن بعضهما البعض (**الجزء الثاني**).

I – التّفاعـــل :

11- نتج عن الترابط الموجود بين مجلّة الشّغل والاتفاقيات المشتركة بوصفهما أهمّ مصادر لقانون الشّغل قيام علاقة تفاعل اتّخذت شكلين مختلفين : التّكامل أوّلا (أ) والتّنافس ثانيا (ب).

أ- التّكامل بين مجلّة الشّغل والاتفاقيّات المشتركة للعمل :

12- تبرز علاقة التّكامل القائمة بين مجلّة الشّغل والاتفاقيّات المشتركة من خلال تحديد دور هذه الأخيرة بالتّفويض التّشريعي حيث تتنزّل في مرتبة المفسّر للتّشريع والمتمّم له سواء بمقتضى تفويض تشريعي صريح (1) أو ضمنيّ (2).

1-تحديد دور الاتفاقيّات المشتركة بالتّفويض التّشريعي الصّريح :

13- تحيل مجلّة الشّغل في حالات عدّة لأحكام الاتفاقيّات المشتركة للعمل فتبدو كأنّها منصهرة شكليّا في التّنظيم القانوني من خلال تأسيسها على التّشريع الذي يقرّ بقدرتها على مساندته ومعاضدته، فتساهم بذلك في وضع التّشريع حيّز التطبيق[214] عند اكتفائه بضبط المبادئ العامّة وترك مسألة تطبيق هذه الأخيرة بعهدة الأطراف الاجتماعيّة عند التّنصيص على أنّ تطبيق القانون يمرّ حتما عبر القواعد الاتفاقيّة. وبمقتضى هذه الآليّة تبقى مشاركة الأطراف الاجتماعيّة رهينة إرادة المشرّع وبمقتضى تفويض صريح منه[215]، قد تستعير معه في حالات مضمون النصّ التشريعي ذاته[216].

14- وتعزى هذه المساعدة إلى أنّ التّشريع يجد في هذا المصدر التّعاقدي مراعاة لخصوصيّة الواقع المهني حيث "يستحيل على المشرّع الإلمام بما يفرزه الواقع من صعوبات حينما يقتصر على حلّ واحد وثابت قد لا يتلاءم مع الوضعيّة المطروحة، فالتّشريع لا يمكنه أن يأتي على جميع المسائل التفصيليّة وكذلك المسائل المتجدّدة الّتي يفرزها الواقع"[217].

15- وتتنوّع الأمثلة في هذا الإطار لتمتدّ في شمولها لمختلف أبعاد العلاقات الشّغليّة الفرديّة والجماعيّة تماشيا مع مقتضيات الفصل 42 من م.ش. والذي حدّد بصورة وجوبيّة بعض ميادين تدخّل الاتفاقيّات المشتركة بموجب الإحالة الصريحة لها.

16- ويعتبر مجال الانتداب في هذا السّياق أوّلها حيث تولّت قواعد الاتفاقيّة المشتركة الإطاريّة ضبط "شروط انتداب العمّال ..." مع مراعاة أن لا تمسّ الأحكام المتعلّقة بالحريّة النقابيّة أو حريّة الرّأي، طبقا لما أوجبته مقتضيات مجلّة الشّغل[218]، فكان تقييدها لمبدأ عدم التّمييز بأشكال متعدّدة تراوحت بين تضمين مبدأ عدم التّمييز بسبب الانتماء النقابي أو الجنس **أوّلا** (الفصلين 5 و11 من الاتفاقيّة المشتركة الإطاريّة) وإقرار أولويّة التّشغيل الممنوحة لبعض أصناف العملة في وضعيّات محدّدة **ثانيا** وذلك إمّا ضمانا للتدرّج والترقية المهنيّة لفائدة العملة القاريّن فتمّ منع المؤجّر من اللّجوء للانتداب الخارجي في صورة حصول شغور في مراكز العمل أو إحداث مركز جديد إلاّ إن لم يتوفّر في عملة مؤسّسته من "الأصناف الّتي دون المراكز المرغوب في تعميرها ... الشّروط المطلوبة"[219]، أو حماية لبعض الفئات الخاصّة حيث أسندت الأولويّة في

---

[214]Supiot (A.) : art. précité, p. 61.
[215]Nadège (C.) : La variabilité du droit du travail, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université Angers, 2010, p. 99.
[216]Nadège (C.) : Thèse précitée, p. 99.

[217] سنية العشّ ملاّك : المقال السابق، ص 160.
[218] الفصل 42 منها.
[219] الفصل 14 من إ.م.إ.

التّشغيل بناءً على ذلك لفائدة العملة الذين وقع "فصلهم سابقا من أجل قلّة الشّغل"[220] أو "لعدم توقّع العمل أو لأسباب قاهرة في المؤسّسات الّتي يحدث فيها هذا الأمر"[221] أو "لأسباب صحّية"[222]، ولفائدة العملة الوقتيّين بالمؤسّسة الذين تتوفّر فيهم الشروط المطلوبة[223] وللشبّان المتخرّجين من مؤسّسات التكوين المهني...[224]، وفرض قواعد مقيّدة لشروط وطرق الانتداب **أخيرا** باشتراط ضرورة توفّر مؤهّلات بدنيّة ومؤهّلات معيّنة بإسناد صلاحيّة "ضبط شروط القدرة الصحيّة الواجب توفّرها في المترشّح" لطبيب المؤسّسة[225] في بعض القطاعات، وجعل المناظرة القاعدة العاديّة... في الانتداب في البعض الآخر اعتبارا إلى أنّه "لا يتمّ انتداب الأعوان إلاّ بقرار من المؤجّر بعد فتح مناظرة لكلّ خطّة عمل شاغرة أو مزمع إحداثها"[226].

ولمّا كانت فترة التّجربة تمثّل في هذا الإطار مرحلة يلجأ إليها طرفي العلاقة الشّغليّة قبل كلّ انتداب نهائي تكفّلت الاتفاقيّات المشتركة في شأنها بتحديد مدّتها بناء على ما اقتضته قاعدة الفصل 18 م.ش. والّتي نصّت صراحة على أنّ "مدّة الاختبار تستنتج في كلّ عقد شغل من الاتفاقيّات المشتركة"، فكان التنظيم الاتّفاقي لها صلب الفصل 10 من الاتفاقيّة المشتركة الإطارية كحلّ اعتمدته بقيّة الاتفاقيّات القطاعيّة أو عدّلت فيه بما يتماشى ومتطلّبات القطاع الذي تنطبق عليه[227]. وتعتبر بدورها رسالة الإعلام بالانتداب المكرّسة صلب الاتفاقيّة المشتركة الإطاريّة والواردة صلب مختلف الاتفاقيّات القطاعيّة بدون استثناء أحد التفصيلات الّتي جاءت بها القاعدة التّفاوضيّة في وضع لحيّز التّطبيق قاعدة الفصل 42 م.ش. حيث فرضت ضرورة "إعلام كلّ عامل كتابة في ساعة وقوع انتدابه بالصّنف المهني الذي سيرسّم به وبمبلغ الأجرة المقابلة لذلك"[228].

17- ولا تقف معاضدة الاتفاقيّات المشتركة لمجلّة الشّغل كمصدر متمّم ومفسّر لها في مستوى مجال الانتداب بل يتعدّاه أيضا للتّنظيم الاتّفاقي للحياة المهنيّة للأجير داخل المؤسّسة بموجب الإجازة التّشريعيّة الصريحة. فتطبيقا لعدد من مقتضيات مجلّة الشّغل وردت الأحكام الاتفاقيّة في شكل أحكام تفصيليّة لمختلف المسائل الّتي تهمّ المسيرة المهنيّة للأجير وظروف تنفيذه للعمل[229]، فتضمّنت الاتفاقيّات المشتركة قواعد تتعلّق بتصنيفه المهني في تقييد لسلطة المؤجّر في هذا المجال[230] خاصّة وأنّ موقع الأجير في السلّم الوظيفي يبقى رهين تصنيفه المهني المحدّد لوضعيّته المهنيّة داخل المؤسّسة، وأخرى تهتمّ بالتدرّج والترقيّ المهني وفقا لمعايير مضبوطة ودقيقة، كما تكفّلت أيضا بضبط شروط تنفيذ العمل فاصطبغت الأحكام المتعلّقة بالتأجير وبمدّة العمل بالصّبغة الاتفاقيّة. ويبرّر اختيار المشرّع إسناد تنظيم هذه المسائل للأطراف الاجتماعيّة بطابعها المتغيّر والذي يعجز معه عن المواكبة السريعة لها، فتدخّله من فوق وبصفة موحّدة العمل بـ48 ساعة وطبقا لراحة أسبوعيّة وسنويّة متشابهة وأجور عامّة تنسحب على الكافّة رغم اختلاف المؤسّسات الاقتصاديّة والقطاعات المهنيّة الّتي ينتمي إليها يعتبر تدخّلا غير مجد في سوق سمتها حركيّة رأس المال والعمل معا[231] وهو ما دفعه لإحالة المسألة في تنظيمها للتفاوض.

---

[220] الفصل 7 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة للبناء والأشغال العامّة.
[221] الفصل 7 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة لصناعة الأحذية وما شاكلها.
[222] الفصل 10 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة للكهرباء والإلكترونيك.
[223] الفصل 10 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة للكهرباء والإلكترونيك.
[224] الفصل 7 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة لصناعة الأحذية وما شاكلها.
[225] الفصل 10 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة للكهرباء والإلكترونيك.
[226] الفصل 13 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة للتأمين.
[227] ينصّ الفصل 11 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة لصناعة وتجارة المشروبات الكحوليّة مثلا على أنّه : "تضبط مدّة التجربة كالآتي :
-بالنسبة لأعوان التنفيذ : 3 أشهر
-بالنسبة التسيير : 6 أشهر
-بالنسبة للإطارات : سنة".
[228] الفصل 8 إ.م.إ.
[229] Tarchouna (M.) : Thèse précitée, p. 717.
[230] الفصل 48 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة لصناعة مواد التنظيف ومبيدات الحشرات.
-الفصل 46 من الاتفاقيّة القطاعيّة المشتركة لمعامل المشروبات الغازية غير الكحوليّة وعصير الغلال والمياه المعدنيّة.
[231] Roche (W.-K.), Fynez (B.) et Morrisses (T.) : Emploi et temps du travail un tour d'horizon international, R.I.T., vol. 135, 1996, n°2.

18- وتمثّل قاعدة الفصل 42 من م.ش. بدورها أساس الاستدلال على تأصيل الرجوع للاتفاقيّات المشتركة في وضع القانون التّأديبي داخل المؤسّسة، فاستجابة لما نصّت عليه مقتضياتها من وجوبيّة احتواء الاتفاقيّات "لشروط إعفاء العملة" قامت القواعد الاتفاقيّة في هذا الشأن بسنّ قواعد ضبطت بمقتضاها كلّ ما من شأنه تقييد أحد السّلطات الأساسيّة للمؤجّر وهي السّلطة التّأديبيّة عبر تحديد الشّروط الأصليّة والإجرائيّة للطّرد، ليعود الفضل في وضع الأحكام المتعلّقة بالإحالة على مجلس التّأديب والتّناسب بين الخطأ والعقوبة وحقوق الدّفاع المخوّلة للأجراء[232]، للأطراف الاجتماعيّة، وهي الّتي اعتنت أيضا بتنظيم بعض أبعاد العلاقات الجماعيّة كممارسة الحقّ النّقابي داخل المؤسّسة[233] في تفعيل لأحكام مجلّة الشّغل[234].

19- وتبرهن هذه الأمثلة المتنوّعة حاجة مجلّة الشّغل للاتفاقيّات المشتركة خاصّة لتميّز القواعد المضمّنة صلب هذه الأخيرة بفاعليّتها القصوى إذ تبدو أكثر سهولة في تطبيقها والالتزام بها "فالقواعد ذات المصدر الاتّفاقي تولّد شعورا لدى أطرافها داخل القطاع أو المؤسّسة بأنّها المقابل لالتزام وقع القبول به بكلّ حريّة لا نتيجة لجملة ضغوطات مسلّطة عليها"[235]، ووضعها من الأطراف المعنيّين بها من شأنه أن يجعلها أكثر فاعليّة ويخلق معها التزاما فعليّا بالسّلم "يضمن في إطاره سلما اجتماعيّا دائما"[236]. على أنّ هذه الأهمّية لا يمكن أن تحجب بقاء المصدر الاتّفاقي منحصرا في ظلّ تفويض التّشريع والذي قد يكتسي الصّبغة الضمنيّة.

2- تحديد دور الاتفاقيّات المشتركة بالتّفويض التّشريعي الضّمني :

20- تقدّم الاتفاقيّات المشتركة للعمل "كميثاق تنظيميّ حمائيّ"[237]، لتستجيب بهذا التكييف لمنطق وروح قانون الشّغل المهيمن صلب التّشريع، ولا شكّ أنّ النّزعة المزدوجة الحمائيّة والتنظيميّة لمجلّة الشّغل يمكن أن تمثّل في هذا الصّدد أساسا ضمنيّا لتدخّل بعض القواعد التّفاوضيّة في اتّجاه تفسير فحوى بعض المفاهيم المستعملة تشريعيّا أو تطوير بعض المؤسّسات القانونيّة أو استحداثها. ويشكّل مفهوم المرض كسبب شرعيّ للطّرد طبقا لأحكام الفصل 20 م.ش. أحد الأمثلة الّتي يمكن اعتمادها في الاستدلال على قدرة الاتفاقيّات المشتركة على توضيح بعض المفاهيم الغامضة المضمّنة صلب مجلّة الشّغل. فاشتراط المشرّع ضرورة توفّر شرطي خطورة المرض وطول مدّته من جهة ومصلحة المؤسّسة من جهة أخرى ليمكن إنهاء العلاقة الشّغليّة على أساسه، لم يكن يمنع الصّعوبات المتولّدة عن الحلّ المكرّس صلبها، خاصّة وأنّه سكت عن تحديد مدّة المرض وآثاره. ولقد كان للاتفاقيّات الدّور في التكفّل بتدقيق هذه المسألة حيث ذهبت لاعتبار أنّ المرض سواء كان قصيرا أو طويل المدى[238] لا يمكن أن يؤدّي لإنهاء عقد الشّغل إلاّ إذا أصبحت "المؤهّلات البدنيّة اللاّزمة لممارسة العامل للعمل الشاغل له غير متوفّرة[239] بصورة نهائيّة"، والّتي يعاينها طبيب المؤسّسة بمناسبة فحص طبّي يستوجب إجراؤه.

21- ويُقدّم التّطوير الاتّفاقي للرّخص القانونيّة بدوره كمثال آخر لهذا الشّكل في التّفويض المقرّر بغرض طالما وأنّه يتماشى مع النّزعة الحمائيّة والتّنظيميّة لمجلّة الشّغل، والّتي لم تقم بالاهتمام به[240] على أهمّيته، فجاءت في المقابل الاتفاقيّات المشتركة محمّلة بالإضافة بسنّها مجموعة رخص اتفاقيّة تراوحت بين الرّخص الخاصّة لأسباب عائليّة[241] وأخرى استثنائيّة[242] وأخرى بدون أجر[243].

---

[232] الفصل 37 إ.م.إ.

[233] الفصل 5 م.إ.م.

[234] ينصّ الفصل 42 م.ش. على أنّه "يجب أن تحتوي الاتفاقيّات المشتركة... على الأحكام التالية على الأقلّ :
أ- الحرّية النقابية وحريّة الرّأي".

[235] HalfedFurtado De MendonçaShmidt (M.) : Pertinence et devenir du principe protecteur en droit du travail, Thèse pour le Doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2004, p. 414.

[236] HalfedFurtado De MendonçaShmidt (M.) : Thèse précitée, p. 415.

[237] Tarchouna (M.) : Thèse précitée, p. 716.

[238] ميّزت الاتفاقيّة المشتركة الإطاريّة بين المرض قصير المدى وأفردته بالفصل 34 والمرض الطويل المدى الذي أشارت إليه صلب الفصل 19 م.إ.م.

[239] الفصل 19 م.إ.م.

[240] Tarchouna (M.) : Thèse précitée, p. 798.

[241] الفصل 31 إ.م.إ.

[242] الفصل 33 إ.م.إ.

[243] الفصل 36 إ.م.إ.

22- وقد يمثّل من جهته استحداث الاتفاقيّة المشتركة للعمل لبعض المؤسّسات القانونيّة، في تعويض للنصّ التّشريعي والحلول محلّه في إرساء الحلول انعكاسا وامتدادا لأهداف مجلّة الشّغل التنظيميّة وغاياتها الحمائيّة[244]. ولعلّ صورة نقلة العامل تعتبر أهمّ تجسيد لهذا المعطى، يترجم حرص الأطراف الاجتماعيّة على تأطير بعض المسائل التنظيميّة التي تهمّ المؤسّسة حيث تضطرّ معها هذه الأخيرة لتغيير مقرّها تحقيقا لمصلحتها وهو ما يفرض في المقابل توفير جميع الضّمانات لفائدة الأجير[245].

23-ويعدّ تنظيم الاتفاقيّة المشتركة الإطاريّة لمسألة استقالة الأجير بضبط شروطها صلب الفصل 20 منها بدوره أحد صور التدخّل بموجب إحالة ضمنيّة من المشرّع، والذي يندرج ضمن تحقيق هذا الهدف.

24- وتتظافر مختلف هذه الصّور في إقامة الدّليل على التّكامل القائم بين المقتضيات التّشريعيّة والاتفاقيّة والذي لم يحل دون التّنافس بينهما في تحقيق لتطوير المنظومة القانونيّة الحمائيّة في المادّة الشغليّة.

ب- التّنافس بين مجلّة الشّغل والاتفاقيّات المشتركة للعمل :

25- يتميّز دور الاتفاقيّات المشتركة للعمل بأنّه غير محدّد بعدم المخالفة المطلقة للتّشريع، وهو ما من شأنه أن ينزع عن القاعدة الاتفاقيّة المكانة الثانويّة أو الاحتياطيّة والمرتبة الدونيّة مقارنة بالقاعدة التّشريعيّة، ويكسبها في المقابل أهميّة تجعلها قادرة على المزاحمة والمنافسة إلى درجة تحظى معها **بأولويّة التّطبيق**[246] وحلول مقتضياتها محلّ مقتضيات القواعد التّشريعيّة **بناءً على ما هو متاح من جواز مخالفة الاتّفاقي للتّشريعي في اتّجاه الأصلح للأجير.**

26- فقد يحدث أن تشترك كلّ من مجلّة الشّغل والاتفاقيّات المشتركة في تنظيم وضعيّات قانونيّة، وخلافا لما قضي به صلب القانون المدني حيث تعطى الأولويّة للقاعدة التّشريعيّة على حساب القاعدة الاتفاقيّة استنادا إلى مفهوم النظام العامّ كطريقة لحلّ التنازع بين القواعد[247]، أنتج قانون الشّغل قاعدة خاصّة به لفضّ التّنازع بين المصدرين مجسّمة في مبدأ تطبيق القاعدة الأصلح للأجير، لتتمتّع القواعد التفاوضيّة بمفعول إلغائي عن طريق إهمال القواعد التّشريعيّة ومفعول مخالف يحدث تعارضا معها كلّما كانت أفضل للأجير بما يبرهن تميّزها بقوّة تضاهي قوّة التّشريع إن لم تتجاوزه.

27- ويكرّس المشرّع التّونسي هذا الحلّ صلب عدد من الفصول المتفرّقة[248] وجاراه في ذلك فقه القضاء في عدّة قرارات فاعتبرت محكمة التّعقيب أنّ "القاعدة الأصوليّة والأساسيّة في مادّة الشّغل تقتضي أن يقع تطبيق القانون أو العقد أو الاتفاقيّة الّتي تتضمّن أكثر دعما للعامل وتمنحه حقوقا أكثر من غيرها"[249].

28- وتطرح في هذا المجال الإشكاليّة المتعلّقة بكيفيّة تحديد القاعدة الأفضل للأجير خاصة في ظلّ الصّعوبة المتأتّية من تعريف هذه الأخيرة، ولقد حاول الفقه تحديد المفهوم لينتهي إلى التأكيد على عدم وجود منفعة في حدّ ذاتها بل وجود

---

[244] انظر في هذا المعنى :

Poirier (M.) : Négociation collective : arrêter le massacre. Première Partie : La négociation collective reflet des finalités du droit du travail, Dr. ouv., n°2, 2013, p. 81 et s.

[245] ينصّ الفصل 22 م.إ.ع. على أنّه : "لا يمكن أن يتمّ تغيير إقامة الأجير أو نقلته إلاّ بموجب ضرورة مصلحة العمل وفي حدود انعدام الراغب فيها من بين العملة الذين تتوفّر فيهم شروط الكفاءة المطلوبة.

وفي هذه الصورة يقع مراعاة أقدميّة العامل ووضعه العائلي والسكني وكذلك مسؤوليّته النقابيّة.

وفي سائر الحالات تحمل على المؤجّر كافّة المصاريف الناشئة مباشرة عن هذه النقلة أو تغيير الإقامة".

[246]Despax (M.) : Traité de droit du travail, Conventions collectives, ouv. Publié sous la direction de Camerlynck (G-H), Dalloz, Paris, 1966, p. 72.

-Chalaron (Y.) : L'application de la disposition la plus favorable, in « Les transformations du droit du travail », Etudes offertes à Lyon-Caen (G.), Dalloz, Paris, 1989, p. 243.

[247]Malaurie (Ph.) : Les contrats contraires à l'ordre public, Thèse, Paris, 1951, p. 168.

[248] عادة ما يستعمل المشرّع التّونسي عبارات مثل "هذا لا يمسّ بالمقتضيات الأكثر فائدة للعامل والناتجة عن أحكام خاصّة تضمّنها اتّفاق الطرفين أو الاتفاقيّة المشتركة" (الفصل 14 مكرّر م.ش.)، و"إلاّ في صورة وجود شروط أحسن جاءت بها... الاتفاقيّات المشتركة أو الخاصّة" (الفصل 22 م.ش.)، و"على أنّه لا يقع خرق الأحكام الّتي تكون فيها أكثر فائدة للعامل والناتجة ... عن الاتفاقيّة المشتركة" (الفصل 333 م.ش.)، وهذه العبارات تؤدّي في نفس الوقت إلى تكريس مبدأ جواز المخالفة لصالح الأجراء وإلى إعمال مبدأ تطبيق القاعدة الأفضل للعمال، في حين ميّز المشرّع الفرنسي بوضوح بين المبدأين.

[249] قرار تعقيبي مدني عدد 20812 مؤرّخ في 2 مارس 1992، ن.م.ت. 1992، ص 148.

-قرار تعقيبي مدني عدد 20814 مؤرّخ في 2 مارس 1992، ن.م.ت. 1998، ص 126.

وضعيّات أفضل للأجير مقارنة بوضعيّات أخرى بصورة تعتبر معها القاعدة الأفضل هي تلك الّتي تسند للأجير حقوقا أكثر أو تحمّله التزامات أقلّ ليبقى معها الأمر مسألة نسبيّة تقتضي دائما مقارنة قاعدتين أو أكثر[250]، وهي مقارنة وقع الإجماع فيها مبدئيّا على أن تتمّ على أساس قانوني ولا تأخذ بعين الاعتبار المعطيات الاقتصاديّة[251] لتتعلّق المصلحة المعتبرة فيها بمجموع الأجراء لا بمصلحة الأجير كفرد[252]، رغم وجود تيّار ثان شكّك في موضوعيّة المقارنة العامّة ودفع للتمييز بين المنافع الفرديّة والمنافع الجماعيّة[253] على أساس وجود بعض القرارات في فقه القضاء المقارن أكّدت على ضرورة اعتبار مصلحة الأجير كفرد عند تحديد القاعدة الأفضل[254].

29- وتنبني أولويّة التطبيق الّتي يحظى بها المصدر الاتّفاقي على مبدأ جواز مخالفته للمصدر التّشريعي في اتّجاه الأفضل للأجير. إذ يخوّل للأطراف الاجتماعيّة صياغة ووضع قواعد تخالف ما هو مضمّن صلب مجلّة الشّغل إن كان ذلك من أجل تحسين مضمون الوضعيّات التّشريعيّة بإقرار منافع أو امتيازات أحسن للعمّال وإنشاء حقوق جديدة[255].

30- ويقوم مبدأ جواز مخالفة المصادر الاتفاقيّة للمصادر القانونيّة للتّنصيص على مقتضيات أفضل للأجير على مفهوم خاصّ للنّظام العامّ صلب قانون الشّغل[256] مجسّدا في النّظام العامّ الاجتماعيّ أو النّسبي حيث يمكن للقواعد الأقلّ درجة في التّرتيب التّفاضلي للمصادر أن تتجاوز الأعلى منها إن كان من شأن ذلك التّحسين في وضعيّة الأجير[257]، ولا شكّ أنّ هذه الإمكانيّة الّتي يتيحها المفعول النّسبي لقيام القانون الاتّفاقي وتطوّره هي الّتي جعلت منه منافسا للتّشريع[258]. وبهذا المعنى يمكن القول من جهة أنّ الأحكام الواقع سنّها من المشرّع ليست سوى الحدّ الأدنى الذي لا يمكن النّزول عنه ليتسنّى للأطراف الاجتماعيّة التّفاوض من أجل تطوير حقوق العمّال[259]، وأنّ النّظام العامّ يمثّل من جهة أخرى "قاعدة منظّمة لإنتاج قواعد أخرى مغايرة ومختلفة"[260].

31- وعلى الرغم من افتقاد القاعدة العامّة صلب مجلّة الشّغل لغياب نصّ يقرّ صراحة أنّ الاتّفاق الجماعي للعمل يمكن أن يتضمّن أحكاما أفضل للأجراء من تلك الّتي تحويها القوانين على غرار ما هو موجود في التشاريع المقارنة كما هو شأن القانون الفرنسي[261]، فإنّ ذلك لا يعني المنازعة في وجود هذا المبدأ أو منع التسليم به، خاصّة و"أنّ قيمته التّقعيديّة sa valeur normative) لا تحتاج للتّأكيد عليها بموجب تنصيص تشريعي صريح"[262].

32- ولقد تظافرت في هذا الصّدد المعطيات الّتي يمكن الاستناد عليها وتبيح الاستدلال على قيام هذا المبدأ وترسّخه صلب المنظومة القانونيّة التّونسية كآليّة تحكم التّنافس بين القاعدة التّشريعيّة والقاعدة التفاوضيّة وتنظّمه.

33- وتمثّل الصّبغة الحمائيّة المهيمنة على التّشريع الشّغلي مقترنة بالدّور الطّبيعي اللّصيق للاتفاقيّات المشتركة "كمحرّك للرقيّ والتقدّم الاجتماعي"[263]، والجامعة في خصوصيّاتها بين وظيفة إصلاح غياب التكافؤ وانعدام المساواة النابعة عن عقد الشّغل وتجاوز صلابة القاعدة التّشريعيّة أهمّ المؤشّرات الّتي تخوّل استنتاج مبدأ جواز مخالفة الاتّفاق

---

[250]Aliprantis (N.) : La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, L.G.D.J., Paris, 1980, p. 58.
[251]Despax (M.) : op. cit., p. 72.
[252]Despax (M.) : op. cit., p. 73.
[253]Aliprantis (N.) : Thèse précitée, p. 61.
[254] انظر في هذا الصّدد :
-Chevillard (A.) : La notion de disposition plus favorable, Dr. Soc., 1993, p. 367.
[255]Lyon-Caen (G.) : Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, RTD civ., 1974, p. 244.
[256]Morin (M.-L.) : La loi et la négociation collective : Concurrence ou complémentarité, Dr. Soc., n°5, 1998, p. 420.
[257]Lyon-Caen (G.) : Négociation collective et législation d'ordre public, Dr. Soc., 1973, p. 30.
[258]Revet (T.) : L'ordre public dans les relations de travail, in L'ordre public à la fin du XXème siècle, dir. Revet (T.), Dalloz, 1996, p. 61.
[259]Tarchouna (M.) : Thèse précitée, p. 1145.
[260]Borenfreund (G.) et Souriac (M.-A.) : Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective, Dr. Soc., 2003, p. 73.
[261] الفصل L2251-1م.ش.ف.
[262]Tarchouna (M.) : Thèse précitée, p. 1146.
[263]Despax (M.) : op. cit., p. 69.
« La convention collective a pu jouer son rôle de moteur du progrès social ».

للتّشريع[264] المرتّب حتما لتقدّم الأوّل على الثاني، ذلك أنّ الوظيفة الحمائيّة لمقتضيات مجلّة الشّغل تتعارض مع إمكانيّة مخالفتها عبر الاتفاقيّات الأقلّ درجة منها صلب السلّم التفاضلي للمصادر في اتّجاه التقليص أو حذف امتيازات الأجراء المنصوص عليها صلبها. فالطّابع الآمر لهذه القواعد يكمن هدفه أساسا في منع استغلال ضعف الطرف العمّالي لجعله يتنازل عن الحدّ الأدنى من الحماية الّتي توفّرها له لذلك، ولمّا كانت غاية الطّابع الآمر لهذه القواعد هي ضمان حماية العامل فإنّ تحسين هذه الأخيرة بالتّنصيص على مقتضيات أفضل لصالح الطّرف الضّعيف لا يتناقض مع هذه الغاية، وهو ما توفّره الاتفاقيّات المشتركة تماشيا وتطابقا مع سبب وجودها المتمثّل في دورها كأداة لتطوير الحماية المضمونة قانونا[265] لتتمتّع في هذا الشأن بمجال واسع للتحرّك في اتّجاه مخالفة القواعد التّشريعيّة للتّنصيص على مقتضيات أفضل للأجراء.

34- ولقد باتت القواعد المضمّنة صلب مجلّة الشّغل تكتسي طبقا لذلك الطابع المكمّل كلّما تعلّق الأمر بسنّ أحكام في اتّجاه تحسين الحماية، ولا شكّ أنّ هذا المعطى هو الذي يفسّر غياب أهمّية التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكمّلة صلب المادّة الشّغليّة في اختلاف وتميّز واضح عن بقيّة فروع القانون حيث تتمتّع بمكانة هامّة وجوهريّة صلبها[266]. وتأسيسا على ذلك يمكن القول أنّ الطبيعة الآمرة للقواعد الشّغليّة لا تنفي بصفة مطلقة أهمّية دور الإرادة في تحديد ظروف العمل حيث يسمح للأطراف التّفاوض حول هذه الظّروف، ليبيع جواز مخالفة قواعد قانون الشّغل لصالح الأجراء عن مبدأ حريّة الأطراف في تحديد ظروف العمل[267].

35- ويتحقّق هذا الطّرح بالرّجوع لمقتضيات مجلّة الشّغل في حدّ ذاتها، والّتي كلّما منحت حقّا لفائدة الأجير إلاّ ونصّت صراحة على وجوب الالتزام به ما لم تتوفّر مقتضيات أكثر فائدة ونفعا للعامل والناتجة عن أحكام خاصّة تتضمّنها الاتفاقيّة المشتركة وهو شأن الفصل 14 مكرّر م.ش. المتعلّق بالإعلام بإنهاء عقد الشّغل لمدّة غير محدّدة إذ اقتضى أنّه "يتمّ الإعلام بإنهاء عقد الشّغل المبرم لمدّة غير معيّنة برسالة مضمونة الوصول توجّه إلى الطرف الآخر قبل شهر من إنهاء العقد ... وكلّ هذا لا يمسّ بالمقتضيات الأكثر فائدة للعامل والناتجة عن أحكام خاصّة تضمّنها اتّفاق الطرفين أو الاتفاقيّة المشتركة"، ونفس الحلّ وقع اعتماده بدوره في مقتضيات الفصل 22 م.ش. والخاصّة بمكافأة نهاية الخدمة[268] وأحكام الفصلين 115 و129 م.ش. والمتعلّقين بالرّخص السنويّة الخالصة[269]، والأحكام المتعلّقة بالأجور إذ تخوّل ضبطها عن طريق الاتّفاقيّات وذلك مع احترام الأجر الأدنى المضبوط بموجب أمر[270].

36- ولقد ارتقت الاتفاقيّات المشتركة بسبب وظيفتها التطويريّة للحقوق المكرّسة صلب المقتضيات التّشريعيّة في الأهمّية والموقع إلى حدود التقدّم على هذه الأخيرة، فلم يعد ينظر لها من منظور تقليدي كمجرّد أداة لسدّ الفراغ القانوني بل أصبحت تشكّل مصدرا "لقانون اتفاقيّ للشّغل"[271] ما فتئت أهمّيته تتزايد[272]. ولقد نصّت فعلا عديد الاتفاقيّات على

---

[264]Tarchouna (M.) : Thèse précitée, p. 1145/1146.

[265] وهو ما عبّرت عنه ديباجة الاتفاقيّة المشتركة الإطاريّة حين اقتضت أنّ الطّرفين (الاتّحاد العامّ التّونسي للشّغل والاتّحاد التّونسي للصّناعة والتّجارة والصّناعات التقليديّة) : "ورغبة ... للسّعي للتقدّم الاقتصادي والاجتماعي الذي هو الهدف الأساسي للمنظّمتين ... يؤكّدان عزمهما على تحسين المستوى الحيوي للعملة وتحسين ظروف القيام بالعمل...".

[266]Despax (M.) : op. cit., p. 65.

[267]Aliprantis (N.) : Thèse précitée, p. 178.

[268] ينصّ الفصل 22 م.ش. م.ش. على أنّه : "... ولا يمكن أن تفوق هذه المكافأة أجر ثلاثة أشهر مهما كانت مدّة العمل الفعلي إلاّ في صورة وجود شروط أحسن جاء بها القانون أو الاتفاقيّات المشتركة أو الخاصّة".

[269] ينصّ الفصل 115 م.ش. على أنّه : "... ومع مراعاة ما هو مشترط بالفقرة الأولى أعلاه فإنّ المقتضيات السابقة لا تعاكس قيود الاتفاقيّات المشتركة أو العقود الفرديّة ولا العرف القاضي بإعطاء رخص خالصة الأجر أطول ممّا ذكر".

-في إطار اشتداد الدعوات لمرونة قانون الشغل – في التشديد على الأجير عبر إقرار التزامات غير موجودة صلب مجلّة الشغل وهو شأن الالتزام بعدم المنافسة (الفصل 44 من الاتفاقية المشتركة القطاعيّة للكهرباء والإلكترونيك والفصل 43 من الاتفاقية المشتركة القطاعيّة لصناعة الحلويّات والبسكويت والشكلاطة والمرطّبات) وتشديد بعض حالات إنهاء عقد الشغل حيث نصّت مقتضيات الفصل 24 من الاتفاقية المشتركة القطاعية للنزل السياحية والمؤسسات المشابهة لها على أنّ "كلّ غياب يفوق خمسة عشر يوما بدون إعلام مبرّر أو بدون رخصة مسبقة يعتبر استقالة آليّة"، رغم أنّ الغياب عن العمل بصورة غير مبرّرة وبدون ترخيص مسبّق يعدّ حسب الفصل 14-4 م.ش. خطأ فادحا يبرّر إنهاء المؤجّر لعقد العمل لكن مع ضرورة اتّباع الإجراءات التأديبيّة وبالتّالي عرض الأجير على مجلس التأديب.

كما ينصّ الفصل 129 م.ش. على أنّه : "... إلاّ أنّه بالنسبة لقسم الرخص المطابق للأدنى القانوني فإنّ أحكام هذا القسم تبقى قابلة للتطبيق إلا إذا كان العرف أو الاتفاقيّات المشتركة المتقدّم ذكرها قد نصّت على أحكام أكثر إفادة منها".

[270]الفصل 134 م.ش.

[271]Lyon-Caen (G.) : Le droit conventionnel du travail, D. 1963, Chron., p. 15.

[272] على أنّه تجدر الملاحظة في هذا الإطار أنّ الاتفاقيّات المشتركة كان لها دور.

مقتضيات أفضل من تلك المضمّنة صلب مجلّة الشّغل فذهب البعض منها لتجاوز السّقف القانوني في احتساب مكافأة نهاية الخدمة والّتي لا يمكن أن تفوق طبقا للتّشريع أجر ثلاثة أشهر ليصل الأمر لتسعة أشهر بالنسبة لبعضها[273] وثمانية أشهر للبعض الآخر[274]، كما أقرّت العديد من الاتفاقيّات القطاعيّة تخفيضا في مدّة العمل القانونيّ إلى حدود الأربعين ساعة أسبوعيّا[275]، واختار البعض منها بدوره التمديد في آجال الإعلام بالطّرد مقارنة بما هو موجود صلب مجلّة الشّغل فعوضا عن الاكتفاء بأجل الشّهر[276]، تمّ تجاوز هذه المدّة لتتراوح بين الشهرين في بعض القطاعات[277] وقد تصل للستّة أشهر بالنسبة للبعض الآخر[278]، وهو ما أهّلها لاحتلال الأولويّة في التّطبيق.

37- ويتميّز التّنافس بين المصادر التّشريعيّة والتّفاوضيّة في المادّة الشّغليّة بطابعه المرن وعدم خضوعه لثوابت جامدة تجعل ترتيب القواعد صلبه غير متغيّر، وهو ما يثبت بعدم إطلاقيّة الأولويّة الّتي تتمتّع بها القاعدة الاتفاقيّة المرتبطة بخصوصيّة المادّة الشّغليّة، ذلك أنّ القاعدة التّشريعيّة يمكن أن تسترجع أسبقيّتها باعتبارها تمثّل من جهة الحدّ الأدنى الذي لا يمكن النزول عنه ولا تقبل من جهة أخرى المخالفة في أيّ اتّجاه لاتّصالها بمقتضيات النظام العامّ المطلق[279].

38- وقد لا يقتصر التّنافس بين مجلّة الشّغل والاتّفاقيّات المشتركة على مجرّد تنافس في مستوى الأحكام بل قد يتجاوزه ليشمل أيضا المجال وهو ما يطرح إمكانيّة تدخّل القاعدة الاتّفاقيّة لتنظيم بعض الوضعيّات بصورة تلقائيّة دون ما إحالة من التّشريع.

39- ولقد تجسّدت هذه الصّورة من خلال **أسبقيّة زمنيّة في تنظيم** العلاقات الشّغليّة من قبل الاتفاقيّات المشتركة لتتجلّى معه قدرتها على استباق النصّ التّشريعي بما أهّلها لأن تكون مصدرا لاستلهام المشرّع للحلول الّتي سبق أن توصّلت إليها[280] في تكريس لما سبق تضمينه صلب الاتفاقيّاتّ، حيث يقتصر دور المشرّع في هذا الإطار على مجرّد نسخ لمضمون القواعد الاتفاقيّة بما يجعل القانون من الأعمال التّفاوضيّة[281] طالما وأنّ "الدّولة تخلّت عن وظيفتها التقنينيّة واقتصر دورها على إكساء اتّفاق الأطراف الاجتماعيّة المهيكلة والمنظّمة باللّباس القانوني"[282]، وتبرز بهذا المعنى قدرة الاتفاقيّات المشتركة على التّأثير في مجلّة الشّغل لاشتراكها مع هذه الأخيرة في تشييد قانون الشّغل وتطويره عبر سنّ القواعد القانونيّة. وتجد الأسبقيّة الّتي يحظى بها النصّ التّعاقدي في تأطير العلاقات الشّغليّة تبريرا لها في ما تتميّز به الاتفاقيّات من سرعة إنجاز مقارنة بالقانون بما أنّه يكفي اتّفاق الأطراف الاجتماعيّة حولها والمصادقة عليها وهو ما يجعلها تسبق في هذا الإطار التّشريع بحيث يتبنّى هذا الأخير ما تنصّ عليه.

40- ومن الثّابت أنّ عديد مؤسّسات ومفاهيم قانون الشّغل تجد لها منشأ صلب الاتفاقيّات قبل أن يتبنّاها لاحقا المشرّع، وهي ظاهرة صاحبت القانون الاتّفاقي في تونس إذ كانت الاتفاقيّات الجماعيّة سبّاقة في تكريس حقّ العمّال في أجر أدنى وإقرار مؤسّسة نائب العملة ووضع إجراءات تسوية النّزاعات الجماعيّة منذ سنة 1936 قبل اعتمادها تشريعيّا[283]. ولقد تعدّدت الحالات الّتي جسّمت الارتقاء بالنصّ التعاقدي لمرتبة النصّ التّشريعي منذ التنقيحات المتتالية لمجلّة الشّغل في

---

[273] مثلا الفصل 19 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة لمعامل المصبّرات وشبه المصبّرات الغذائية وتعليب الزّيوت.

[274] الفصل 16 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة لقاعات العرض السينمائي.

[275] الفصل 27 من الاتّفاقيّة المشتركة القطاعيّة لقطاع كراء السيّارات .

-الفصل 17 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة لتجارة وتوزيع النّفط وجميع مشتقّاته.

[276]الفصل 14 مكرّر م.ش.

[277] الفصل 16 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة لصناعة الخشب والموبيليا والخفاف والتي منحت أجل شهرين بالنسبة للإطارات.

[278] نصّ الفصل 21 من الاتفاقية المشتركة القطاعيّة للملاحات على أنّه : "وقع ضبط آجال الإعلام بإنهاء العمل كما يلي :

- شهر ونصف بالنسبة للأعوان الخالصين بالشهر.
- ثلاث أشهر بالنسبة لأعوان الإشراف.
- ستّة أشهر بالنسبة للإطارات".

[279]انظر عدد 58 وما بعده من المقال.

[280]Verdier (J.-M.) et Langlois (Ph.) : Aux confins de la théorie de sources de droit : une nouvelle relation entre la loi et l'accord collectif, D. 1974, chron. p. 253.

[281]Supiot (A.) : Un faux dilemme, la loi ou le contrat, art. précité, p. 52.

[282] علي المزغنّي وسليم اللّغماني : مقالات في الحداثة والقانون، دار الجنوب، تونس، 1994، ص 18.

[283]Tarchouna (M.) : Thèse précitée, p. 1149.

انعكاس للأسبقيّة الّتي يحظى بها، ويعدّ مفهوم الخطأ الفادح المضمّن صلب الفصل 14-4 م.ش. والمضاف بالقانون المؤرّخ في 21 فيفري 1994 أبرز هذه التجليّات والذي لا يمثّل سوى تكريسا لما سبق تضمينه صلب الفصل 37 من الاتفاقيّة المشتركة الإطاريّة، وتعتبر بدورها صورة التّغيير الوظيفي المنصوص عليها صلب الفصل 76-2 م.ش. والمضاف بموجب تنقيح 15 جويلية 1996 نقلا لمقتضيات الفصل 15 من الاتفاقيّة المشتركة، وينطبق نفس القول بدوره على أحكام الفصل 21-9 م.ش. والذي اعتمد صلبه المشرّع على المقاييس الّتي جاء بها الفصل 17 من الاتفاقيّة الإطاريّة المشتركة من ضرورة اعتبار القيمة المهنيّة والتكاليف العائليّة والأقدميّة عند فصل العمّال لأسباب اقتصاديّة وفنّية، ثمّ إنّ تعميم الحماية الّتي يتمتّع بها نائب العملة صلب الفصل 166 م.ش. على النائب النقابي بموجب تنقيح 2 أفريل 2007 يجد له مصدرا في الحلّ الذي سبق تبنّيه من بعض الاتفاقيّات المشتركة[284].

41- وتشير مختلف هذه الأمثلة بدون أدنى شكّ إلى أهمّية دور الاتفاقيّات في علاقتها بالتّشريع إذ لم يعد ممكنا النّظر إليها كمجرّد مصدر احتياطي في تقنين العلاقات الشّغليّة يقتصر عملها على سدّ ما يشوب القاعدة التّشريعيّة من فراغ أو ثغرات بل يفترض التعاطي معها كمصدر قادر على المنافسة، يضطلع بمكانة أساسيّة تخوّل التساوي في إطارها بين المشرّع والأطراف الاجتماعيّة[285] حيث تستقل في إطارها بوضع قواعد جديدة تحكم ميادين مختلفة، وهو ما تعكسه بصورة أوضح علاقة الاستقلاليّة القائمة بين المصدرين.

II - الاستقلاليّة :

42- تتّخذ الاستقلاليّة القائمة بين المصدر التّشريعي والمصدر الاتّفاقي مظهرين أساسيّين تعلّق الأوّل باستقلاليّة الاتفاقيّات المشتركة عن مجلّة الشّغل (أ) في حين تمثّل الثّاني في استقلاليّة مجلّة الشّغل عن الاتفاقيّات المشتركة (ب).

أ-استقلاليّة الاتفاقيّات المشتركة عن مجلّة الشّغل :

43- من المفارقات الحديث على استقلاليّة الاتفاقيّات المشتركة عن مجلّة الشّغل والحال أنّ السّلطة الّتي تتمتّع بها الأطراف الاجتماعيّة في تنظيم العلاقات الشّغليّة تجد لها أساسا في تفويض الدولة لجزء من سلطتها التّشريعيّة[286]، وهو ما يثبت بالاستناد على جملة من الحجج المستمدّة من مجلّة الشّغل ذاتها.

44- وتستمدّ أولى هذه الحجج وجودها من أحكام الفصل 247 م.ش. الذي يقتضي إبرام الاتفاقيّات "طبق الشّروط المبيّنة بالأحكام الضابطة للعقود المشتركة"، وهو ما يبرهن غياب الطابع المطلق للتّفويض الذي تحظى به النقّابات لوضع قواعد تتعلّق بشروط العمل، فلا يمكن للسّلطة التّنظيميّة للأطراف المهنيّة بهذا المعنى أن تمارس إلاّ في حدود ما يسمح به التّفويض الممنوح. ثمّ إنّ شكليّة المصادقة على الاتفاقيّة من قبل وزير الشّؤون الاجتماعيّة[287] تمثّل حجّة ثانية يمكن التمسّك بها في هذا الإطار إذ أنّها كشرط لصحّة الاتفاقيّات لا تشكّل مجرّد إجراء شكليّ اعتبارا للنّفوذ الواسع الذي يتمتّع به وزير الشؤون الاجتماعيّة في هذا المجال والذي يملك إصدار قرار بالقبول أو الرّفض المعلّل، وإن كان لا يجوز له تغيير نصّ الاتفاقيّة المعروضة عليه فإنّه عمليّا وبصفة غير مباشرة ومن خلال عدم المصادقة، له أن يدفع بالأطراف إلى تغيير نصّ الاتفاقيّة تماشيا مع مقتضيات السّياسة الاقتصاديّة والاجتماعيّة للدّولة بما يعني أنّ المشرّع لا يفوّض سلطته بصورة مطلقة وغير قابلة للرّجوع فيها[288]. ولا شكّ أنّ الصّبغة التّرتيبيّة للاتفاقيّة والنّاجمة عن قرار المصادقة تكوّن الحجّة الثّالثة الّتي يجوز اعتمادها، ذلك أنّ الوجود القانونيّ وإضفاء صفة القانونيّة تبعا على الاتفاقيّة يعتبر أثرا للمصادقة عليها بما

---

[284] مثلا الفصل 3 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة لمؤسّسات التأمين.

[285] Lyon-Caen (G.) : Négociation collective et législation d'ordre public, art. précité, p. 90.

[286] Tarchouna (M.) : Thèse précitée, p. 1112.

[287] الفصل 38 م.ش.

[288] Tarchouna (M.) : Thèse précitée, p. 1113.

ينزع عنها كعمل الطّابع الآحاديّ حيث تمثّل "ثمرة التلاقي والجمع بين السّلطة التنظيميّة للنّقابات والسّلطة التّرتيبيّة للدّولة"[289].

45- على أنّ هذا التّرابط القائم بين سلطتي المشرّع والأطراف المهنيّة الخاصّة لم يكن ليحول دون ظهور "نموذج خاصّ للاستقلاليّة الجماعيّة ميزته بروز استقلاليّة التعاقدي في ظلّ التبعيّة للتّشريعي"[290]، ليكرّس المشرّع بذلك بنفسه الاستقلاليّة ويدعمها في مختلف مستوياتها عبر ضمانها من الدّولة وخضوعها للدّولة[291]، حيث أصبحت بعض المجالات حكرا على التّنظيم الاتّفاقي وتختصّ الأطراف الاجتماعيّة دون سواها بتأطيرها وضبط القواعد صلبها.

46- فالثّابت أنّ البعض من جوانب العلاقة الشّغليّة تمثّل مجالات من غير المقبول فيها أن تكون القواعد الّتي تحكمها مسقطة من فوق[292]، وخاضعة في تنظيمها لنموذج موحّد عامّ يدرج في مجلّة الشّغل لا يأخذ بعين الاعتبار الاختلاف والتنوّع كسمة أساسيّة للواقع المهنيّ ولا يراعي خصوصيّات القطاعات والمؤسّسات الاقتصاديّة ومقتضيات السّياقات الاقتصاديّة والاجتماعيّة الجديدة المتحوّلة.

47- وتقدّم بهذا المعنى القاعدة الاتفاقيّة كبديل مستقلّ عن القاعدة التّشريعيّة قادر على الاستجابة لمختلف هذه الاعتبارات والمتطلّبات، ومن المشروع التّساؤل في هذا النّطاق عن الأساس الذي يجعل من مثل هذه الاستقلاليّة ممكنة وجائزة ؟. يبدو أنّ تكريس استقلاليّة الاتفاقيّات المشتركة عن مجلّة الشّغل ودعمها يندرج ضمن توجّه حديث يسعى لتغيير طرق إنتاج القواعد القانونيّة[293] في إطار الالتحاق بالسّياق العامّ للتوجّهات العالميّة الحديثة لقانون الشّغل في مختلف الدّول القائم على انتهاج مسار شمل توجيه فضاء إنتاج القواعد للأطراف الاجتماعيّة[294] وتجسّد في ظهور تيار يستبعد نظام التقنين التقليدي « Le mouvement de la déréglementation »[295]تخلّى بموجبه المشرّع عن دوره الرّيادي في فرض القواعد القانونيّة ومنحه في المقابل للأطراف الاجتماعيّة صلاحيّة الاستقلال بإنشاء الأحكام المنظّمة للعلاقات بينها بناءً على إقرار المرونة القانونيّة في استجابة لضرورة إعادة الاعتبار للجدوى الاقتصاديّة والّتي بدونها لا مجال للحديث عن تطوير الحماية الاجتماعيّة.

48- ولقد بدأ هذا التوجّه نحو "الإنتاج الثّنائي للقانون"[296] برسم ملامحه الأولى منذ السّبعينات بوضع حدّ للاحتكار الذي كانت تتمتّع به الدولة في مادّة ضبط الأجور ومراجعتها، وتبلور خاصّة مع التّنقيحات الّتي شهدتها مجلّة الشّغل[297] والّتي اختير فيها التّركيز على ردّ الاعتبار للتفاوض على مستوى المؤسّسة[298]، فتكثّف ورود مصطلح "الاتّفاقات داخل المؤسّسة" في عدّة مواضع من مجلّة الشّغل[299] كدليل على قدرة القاعدة الاتفاقيّة على الحلول تدريجيّا محلّ القاعدة التّشريعيّة في تنظيمها للعلاقة الشّغليّة، ونتيجة لذلك تحدّدت إمكانيّات تدخّل الأطراف الاجتماعيّة في تنظيم العلاقات

---

[289]Tarchouna (M.) : Thèse précitée, p. 1120.
« C'est le produit d'une combinaison de l'autorité normative des syndicats et de l'autorité réglementaire de l'Etat ».
[290] Morin (M.-L.) : art. précité, p. 419. « Le mode de construction de l'autonomie collective… une tradition où l'autonomie a été construite dans l'hétéronomie ».
[291]Morin (M.-L.) : art. précité, p. 419.
[292]Morin (M.-L.) : Le droit des salariés à la négociation collective, principe général du droit, LGDJ, 1994, p. 613.
[293]Bonnechère (M.) : Les tendances à la déréglementation et leur incidence sur la théorie des sources de droit du travail, Dr. Soc., n° 1, 1990, p. 41.
[294]Supiot (A.) : Le droit du travail bradé sur le marché des normes, Dr. Soc., n° 12, 2005, p.1087.
[295]Supiot (A.) : Dérèglementation des relations du travail et autoréglementation de l'entreprise, Dr. Soc., n°3, 1989, p.195.
[296]Ray (J.-E.) : Les sources de la loi du 31 janvier 2007, Dr. Soc., n°5, 2010, p. 496.

[297] التّنقيح المؤرّخ في 21 فيفري 1994.
-التّنقيح المؤرّخ في 15 جويلية 1996.
-التّنقيح المؤرّخ في 2 أفريل 2007.
[298] المخطّط التّاسع للتّنمية، ص 161 : "سيرتكز العمل خلال الخماسيّة القادمة على تدعيم هياكل التّمثيل داخل المؤسّسة باعتبارها الفضاء الأمثل لتقارب مصالح كلّ الأطراف وإقرار مبدأ مركزيّة التّفاوض الحرّ على مستوى المؤسّسة".
[299]الفصل 134-3 م.ش.
-الفصل 117 م.ش.
-الفصل 68-2 م.ش.
-الفصل 76-2 م.ش.

الشّغليّة بما دعم القانون الاتّفاقي مقارنة بالقانون الصّادر عن الدّولة[300]، خاصّة وأنّ "الأسلوب التّعاقدي أصبح اليوم لا فقط محبّذا بل شيئا إجباريّا"[301] تحوّلت معه النقّابات المهنيّة "لمشرّع خاصّ للمهنة المعنيّة" ينأى بنفسه عن المشرّع الأصلي أين أصبح التفاوض يشكّل "مصدرا مستقلاّ لقانون الشّغل يتمتّع بمكانة من الدرجة الأولى تتساوى مع التّشريع"[302].

ويجسّد هذا التوجّه تطوّر العلاقة بين القانون والاتّفاق الجماعي إلى درجة الحديث عن "تقاسم فعليّ للسّلطة التّشريعيّة"[303] مع طرح مسألة توزيع اختصاص تقنين العلاقة الشّغليّة بين المشرّع والأطراف الاجتماعيّة حيث برزت علاقة جديدة بين مجلّة الشّغل والاتفاقيّات المشتركة لتحلّ محلّ العلاقة التقليديّة وتغيّرت فيها طبيعة التدخّل التّشريعي. فبعد أن كان المشرّع يختصّ بضبط محتوى القاعدة المنطبقة على الأجير والمؤجّر في إطار منظومة تقوم على احتلال التّشريع المرتبة الأولى وإسناد المرتبة الثانية للاتفاقيّات المشتركة لاقتصارها على سدّ الثّغرات التّشريعيّة وتفسير الغموض، حلّت محلّها علاقات أخرى تنبني على جعل كلّ من المشرّع والأطراف الاجتماعيّة على قدم المساواة[304] بما يدفع باستقلاليّة أحدهما عن الآخر.

49- وتسمح خصوصيّة القواعد الاتفاقيّة من جهة ثانية باستقلاليّتها عن القواعد التّشريعيّة المضمّنة صلب مجلّة الشّغل، ذلك أنّ المرونة الّتي تميّزها تجعلها قادرة على الاستجابة لخصوصيّة الوضعيّة المهنيّة المطروحة وعلى التأقلم السّريع والأفضل مع تطوّر الوضعيّة المهنيّة القائمة[305] لقرب الأطراف المتمخّضة عن إرادتهم هذه القواعد من المحيط الشّغلي، وهو ما يمكّن من تجاوز عموميّة القاعدة التّشريعيّة وصلابتها وجمودها إذ تحول هذه الصفات دون الإلمام بمختلف جوانب الحياة الاقتصاديّة لحركيّتها وعدم ثباتها والحال أنّه ينبغي أن تكون "الحياة الاقتصاديّة والاجتماعيّة محلّ تعديل مستمرّ حتى تتناسب مع درجة النموّ ومع الظرف الخاصّ الذي يسود الفترة الّتي يتمّ فيها التعديل"[306]، في حين تضمن القواعد الاتفاقيّة ذلك إذ تحقّق ما عجزت عنه القاعدة التّشريعيّة بضبطها لقواعد فرديّة خاصّة تبتعد عن القواعد العامّة المنطبقة على أكثر عدد من الفاعلين الاجتماعيّين[307]، ولا تتلاءم صفاتها مع واقع العلاقات الشّغليّة المتحرّكة في سياق اقتصادي متقلّب سمته اشتداد المنافسة.

50- وفي ظلّ القصور التّشريعي عن مواكبة الوضعيّة الواقعيّة لأطراف العلاقة الشّغليّة انفردت الاتفاقيّات المشتركة بتنظيم بعض المسائل الّتي أضحت حكرا عليها، فكلّ ما يتعلّق بسلّم الأجور الأساسيّة وملحقاته يعود في تحديده للاتفاقيّات المشتركة وهو أمر بديهيّ لعدم إمكان فرض قاعدة عامّة تنطبق على جميع القطاعات والمؤسّسات لا تراعى الاختلافات في مستوى نشاطاتها وأحجامها. ويؤكّد إفراد المشرّع اتّفاقات المؤسسة بصورة حصريّة بتنظيم صورة ربط الأجر بالإنتاجيّة هذا التمشّي، حيث أقرّ الفصل 134-3 منذ تنقيح مجلّة الشّغل سنة 1996، والذي أراد من خلاله المشرّع إدراج بعض المرونة على نظام التّأجير، أنّه "يمكن تحديد جزء من الأجر على أساس الإنتاجيّة بمقتضى اتّفاقات تبرم داخل المؤسّسة بين المؤجّر وممثلي العملة" وأنّ هذه الاتفاقات تضبط "بالخصوص المقاييس المعتمدة لتحسين المردود والإجراءات الكفيلة بالرفع من الإنتاج وتحسين جودته"، لتصبح الأطراف الاجتماعيّة داخل المؤسّسة الطّرف الوحيد المؤهّل للتّفاوض حول الجزء غير القارّ من الأجر. ويقوم اختلاف المنح المضمّنة صلب الاتفاقيّات القطاعيّة وتنوّعها من منح وقائيّة[308] ومنح تعويضيّة[309]

---

[300] Jeammaud (A.) : Le droit du travail : Essai de mesure, Dr. Soc., n°3, 1998, p. 214, 215.

[301] مداولات مجلس النواب المتعلّقة بالمناطق الاقتصاديّة الحرّة، الرائد الرسمي للجمهوريّة التّونسية عدد 39، 28 جويلية 1992، ص58.

[302] Tarchouna (M.) : Thèse précitée, p. 1151.

[303] Supiot (A.) : Un faux dilemme : La loi ou contrat ?, art. précité, p. 61.

[304] Tarchouna (M.) : Thèse précitée, p. 1152.

[305] Ray (J.-E.) : art. précité, p. 501.

[306] المخطّط السادس للتنمية 1982-1986، ص 163.

[307] Roche (W.-K.), Feynez (B.) et Morrisses (T.) : art. précité.

[308] مثلا "منحة العمل بالاسفلت" الممنوحة بمقتضى أحكام الفصل 51 فقرة د من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة للبناء والأشغال العامّة و"منحة الحليب" المسندة بمقتضى أحكام الفصل 51 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة لتحويل البلّور والمرآة.

[309] مثلا "منحة تكاليف السفر" و"منحة تكاليف النقل"، و"منحة تكاليف التنقّل" المسندة بمقتضى الفصول 54 والفصل 50 والفصل 51 فقرة ب من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة للبناء والأشغال العامّة.

ومنح مزدوجة[310] وأخرى تشجيعيّة[311]، دليلا على اختصاصها المطلق في ضبطها، إذ يعجز المشرّع عمليّا على الإلمام بها وتأطيرها طبقا لصيغ موحّدة، طالما وأنّ كلّ قطاع يفرز المنح المنطبقة في إطاره وهو ما يجعله يترك المجال في وضعها للأطراف المهنيّة القادرة على التلاؤم مع حقيقة الواقع المهني والمتطلّبات الخاصّة بكلّ مهنة نظرا لاستحالة تبسيط الواقع الاقتصادي والاجتماعي المتميّز بطابعه المعقّد[312] .

51- ولقد امتدّت استقلاليّة الاتفاقيّات المشتركة عن مجلّة الشّغل لتطال أيضا تحديد مقاييس الإنتاج والّتي تنبني عليها منحة الإنتاجيّة[313]، فالإحالة الّتي تضمّنها الفصل التّاسع من الاتفاقيّة المشتركة الإطاريّة في هذا المجال للقطاعات والمؤسّسات حين نصّ على أنّ "مقاييس الإنتاج يقع الاتّفاق عليها ضمن لجان فنّية متناصفة على مستوى كلّ قطاع أو كلّ مؤسّسة" يؤشّر لتخصّص الأطراف الاجتماعيّة دونا عن مجلّة الشّغل في تنظيم هذه المسألة، وذلك بسبب عدم إمكان التعميم إذ لا مجال لإخضاعها لقواعد عامّة تنسحب على كافّة القطاعات متأتّية من الاتفاقيّة الإطاريّة المشتركة، وهو ما ينطبق بدوره على القاعدة التّشريعيّة المتميّزة بعموميّتها. ولقد استقلّت نتيجة ذلك مختلف الاتفاقيّات القطاعيّة وحتى اتفاقيّات المؤسّسة بتأطير هذه المقاييس خاصّة وأنّ البعض من الاتفاقيّات القطاعيّة نصّت صراحة على أنّ مقاييس الإنتاج وقيمة منح الإنتاج والإنتاجيّة وطريقة إسنادهما تحدّد بالاتفاق مع هياكل الحوار وتضمّن في اتفاق على مستوى المؤسّسة[314]، ويسري الأمر نفسه على مسألة طرق ضبط مقاييس الملابس والأحذية المعدّة للشّغل والوقاية بالمؤسّسة والّتي بقيت عملا اتفاقيّا يخرج عن مجال تنظيم مجلّة الشّغل.

52- ويعتبر إدراج الإمكانيّة المفتوحة لتنظيم أوقات العمل باعتماد وحدة زمنيّة في توزيعها غير الأسبوع ويمكن أن تصل إلى السّنة صلب مجلّة الشّغل[315] في عدم تقيّد واضح بالأحكام الّتي توزّع توقيت العمل بصورة أسوعيّة واستجابة لمطالب أصحاب المؤسّسات في ضرورة مواكبة هذه الأخيرة وتأقلمها مع تقلّبات السوق بداية إضافة لمجال آخر تستقلّ فيه الاتفاقيّات المشتركة في أحد أهمّ جوانب العلاقة الشّغليّة والمتعلّق بتنظيم توقيت العمل في دفع للأطراف الاجتماعيّة لتختصّ بوضع الآليّات والقواعد التّطبيقيّة لهذا النّظام، فالأكيد أنّه في غياب تنظيم تشريعيّ لهذه الصّيغة الجديدة خاصّة في مستوى نظام تأجيره ونظام السّاعات الإضافيّة لا يمكن لتأطيرها إلاّ أن يكون نتاج تفاوض بين أطراف الإنتاج[316] خاصّة وأنّ المسألة واقعيّة ترتبط بالتلاؤم مع الحاجيات المتغيّرة للمؤسّسة.

53- وتشترك مختلف هذه الأمثلة في شديد اتّصالها وارتباطها بالمعطيات الواقعيّة بصورة تفرض معها أن لا يتمّ تنظيمها إلاّ بموجب قواعد تفاوضيّة نابعة عن الأطراف الاجتماعيّة تستقلّ بها عن مجلّة الشّغل الّتي تحتكر بدورها مسائل غير قابلة للتفاوض وإبرام اتفاقيّات مشتركة بشأنها.

---

[310] مثلا "منحة الأوساخ" المكرّسة في الفصل 54 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة لصناعة مواد التجميل والعطورات و"منحة الغبار" المسندة بمقتضى الفصل 63 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة للملاحات.

[311] مثلا تضمّن الفصل 53 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة للميكانيك العام ومحطّات بيع الوقود منحة اتّخذت تسمية "أرباح الوساطة" تمنح للأعوان مقابل الوساطة التي يقومون بها في نطاق النهوض ببيوعات المؤسّسات.

[312]Rivero (J.) et Savatier (J.) : op. cit., p. 95.

[313] الفصل 49 إ.م.إ.

[314] الفصل 48 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة للمسابك والتعدين والبناءات الميكانيكيّة.
-الفصل 44 من الاتفاقيّة المشتركة القطاعيّة للنّبغ.

[315] الفصل 49 م.ش.

[316]Mzid (N.) : Droit du travail entreprise et flexibilité de l'emploi, Etudes juridiques, n° 17, Faculté de droit de Sfax, 2010, p.82.
أوكل المشرّع الفرنسي للأطراف الاجتماعيّة الاتفاق على توزيع توقيت العمل على مدّة تفوق الأسبوع ولا تتجاوز السنة صلب الاتفاقيّات القطاعية المشتركة أو اتفاقيّات المؤسّسات. انظر في هذا الإطار :
Bozec (Ph.) : La durée de l'aménagement du temps du travail en droit comparé, Thèse de Doctorat en droit privé, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1998, p. 206.

ب- استقلاليّة مجلّة الشّغل عن الاتفاقيّات المشتركة :

54- لئن مثّلت استقلاليّة الاتفاقيّات المشتركة عن مجلّة الشّغل ظاهرة جديدة لارتباطها بالتوجّهات الحديثة لقانون الشّغل فإنّ الأمر يختلف تماما بالنسبة لاستقلاليّة مجلّة الشّغل عن الاتفاقيّات المشتركة، إذ يشكّل معطى تقليدي وواقع ثابت لتعلّقه بمحافظة الدّولة على دورها الرّيادي في نموذج التّنظيم القانوني المعتمد، حيث يعدّ استمرارها في تأمين الوظيفة التّشريعيّة عبر ضبط القواعد الأساسيّة لقانون الشّغل وتحديدها صلب المجلّة أمر طبيعي، إذ أنّه من البديهيّ أن تتحمّل دورها الأساسي الضّامن للسّلامة القانونيّة للعلاقات الشّغليّة[317]. فتشريك الأطراف الاجتماعيّة في وضع القواعد المنطبقة على العلاقة الشّغليّة نتيجة تراجع هيمنة المشرّع في هذا المجال لم يكن ليعني "الاستقالة الاجتماعيّة للدولة"[318] أو إلغاء وظيفتها التّشريعيّة في المادّة الشّغليّة، وقبولها "تقاسم" هذه الوظيفة[319] تحت وطأة الضغوطات الاقتصاديّة والمقتضيات الاجتماعيّة في مقتضيات الواقع المهنيّ ليس قبولا بالتخلّي عنها، خاصّة وأنّ "الدّولة تحافظ دائما ورغم التعديلات الّتي تمسّ طرق تدخّلها على دور معتبر يعود لاستئثارها بأحد الصّلاحيّات الخاصّة بها والمتمثّلة في سلطة إضفاء المشروعيّة على مختلف القواعد مهما كان مصدرها"[320]. وبهذا المعنى فإنّ كلّ تدخّل عبر القواعد الاتفاقيّة يعتبر تدخّلا تابعا للإرادة التّشريعيّة، يتمّ في نطاق ما يضبطه هذا الأخير من مبادئ عامّة وأساسيّة، تلتزم بها الأطراف الاجتماعيّة في تنظيمها الذّاتي ويشكّل الأطر العامّة الّتي يتعيّن عليها التحرّك في إطارها[321].

55- وتنفرد مجلّة الشّغل في هذا السّياق بضبط الحدود الدّنيا الحمائيّة في مختلف جوانب العلاقة الشّغليّة محتفظة لنفسها بلورتها في شكل مبادئ عامّة وحقوق أساسيّة تمثّل الحدّ الأدنى المضمون قانونا والذي لا يمكن المساس به بناءً على مفهوم النّظام العامّ الاجتماعي في مفعوله المانع[322]. ذلك أنّ إطلاق سلطة الأطراف المهنيّة في إملاء القواعد القانونيّة من شأنه أن يشرّع للفوضى القانونيّة اعتبارا لتعدّد الأحكام واختلافها بتنوّع وتعدّد القطاعات والمؤسّسات بما من شأنه أن يهدّد الحماية الاجتماعيّة للعملة والنّجاعة الاقتصاديّة للمؤسّسة على حدّ سواء، لذا كان من الضّروري أن تحفظ مجلّة الشّغل بتدخّلها التّوازن فكان أن احتفظت لنفسها اختصاص ضبط المبادئ العامّة لكلّ تدخّل تعاقدي في الواقع الشّغلي والّتي تتميّز عادة بالاستقرار والثّبات الذي قد يمنع اللّجوء للتّعديلات والتّنقيحات المتلاحقة[323] في تحقيق للأمن التّشريعي".وتمثّل المبادئ العامّة المكرّسة توضيحا للاختيارات العامّة الّتي يتبنّاها المشرّع وتعبيرا عن وجهة نظره في خصوص المنهج الأمثل لتنظيم العلاقات الشّغليّة، وبضبطها لهذه المبادئ تضمن مجلّة الشّغل هيمنتها على القواعد التفصيليّة الواقع إنتاجها اتفاقيّا.

56- وتتميّز المبادئ العامّة الواقع ضبطها من طرف المجلّة بتنوّعها وتوسّعها، فمنها ما يتّصل بالعلاقات الشّغليّة الفرديّة ومنها ما يمتدّ للعلاقات الشّغليّة الجماعيّة. وتمثّل المبادئ الواقع التّنصيص عليها بهدف حفظ كرامة العامل وإنسانيّته وصحّته الأهمّ عن الإطلاق في خصوص الصّنف الأوّل، فوقع مثلا تكريس مبدأ استحقاق الأجير للرّاحة الأسبوعيّة والرّاحة السنويّة والعطل خالصة الأجر تاركة المجال للاتفاقيّات المشتركة لتفصيلها وتحديد فحواها بتعيين الفترات أو الأيّام الّتي تسند فيها[324]، كما تمّ إقرار مبدأ صحّة الأجير وذلك بتوفير وسائل السّلامة والوقاية الصحيّة واتّخاذ مختلف التّدابير اللاّزمة لحمايته من الأخطار المهنيّة، ويمكن في هذا الإطار الوقوف أيضا عند مبدأ عدم التّمييز الذي عرف توسيعا في مجال

---

[317]Ray (J.-E.) : art. précité, p. 503.
[318]Camerlynck (G.-H.) et Lyon-Caen (G.) : Précis du droit du travail, 11ème éd., Dalloz, Paris, 1982, p.26.
[319]Ray (J.-E.) : Du tout Etat au tout contrat ? De l'entreprise citoyenne à l'entreprise législateur ? Dr.Soc., n°6, 2000, p. 575.
[320]Groux (G.) : L'entreprise : conflits et régulation (s), Droit et société, 1999, p. 42.
[321]Ray (J.-E.) : Du tout Etat au tout contrat ?..., art. précité, p. 577.
[322]Bonnechère (M.) : L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité, Dr. Ouv., 1988, p. 172.
[323] مداولات مجلس النواب، الرائد الرسمي عدد 41، 18 جوان 1996 ، ص 30 : "... الحكومة في نطاق التّشريع قدّمت فقط المبادئ...".
[324]الفصل 95 م.ش.
-الفصل 117 م.ش.

تطبيقه نتيجة التّنقيحات المدرجة[325]. ولقد تجاوز ضبط مجلّة الشّغل لمبادئ عامة خاصّة بحماية الأجير لتبسيطها وتوجيهها خدمة للمؤسّسة كما هو الشّأن مثلا بالنّسبة لمبدأ عدم توقيف نشاط المؤسّسة لمدّة تفوق 48 ساعة متتالية...[326].

وشكّلت العلاقات الشّغليّة الجماعيّة من جهتها مجالا آخر امتدّ ضبط مجلّة الشّغل لمبادئ عامّة تحكمه، اتّسمت بالتعدّد كمبدأ تمثيل العملة سواء داخل المؤسّسة الاقتصاديّة أو خارجها ومبدأ الحرية النقابيّة ومبدأ الحوار الجماعي، وهي جميعها ترسم التوجّهات المبدئية الّتي تلتزم الأطراف الاجتماعيّة مراعاتها واحترامها وتؤكّد في الآن ذاته استقلاليّة مجلّة الشّغل. ويعكس تكفّل هذه الأخيرة بضبط الحقوق الأساسيّة الدّنيا المضمونة للأجير اعتمادا على مفهوم النّظام العامّ الاجتماعي أحد أهمّ المؤشّرات والدّلائل على استقلاليّتها عن النّصوص الاتفاقيّة في فصل لميدان تدخّلهما، فاحتكرت لنفسها اختصاصا حصريّا مثلا في تحديد السّاعات الدّنيا للعمل[327] والحدّ الأدنى لحفظ صحّة العملة وأمنهم[328] والسنّ الدّنيا للتّشغيل[329].

57- ونتيجة للتحجير المسلّط على الاتفاقيّات المشتركة ومنعها من وضع قواعد أقلّ نفعا من تلك المضمّنة صلب مجلّة الشّغل أبقت هذه الأخيرة على دورها في ضبط الحدود الدّنيا لهذه القواعد بغاية ضمان حدّ أدنى من العدالة الاجتماعيّة، فوفّرت بذلك القدر الأدنى من الحماية القانونيّة للأجراء والذي لا يجوز الإنقاص منه ولعبت دور الحاجز المانع لكلّ إمكانيّة للنزول تحت هذا القدر، وبناء على ذلك يبقى وجود القواعد الاتّفاقيّة مشروط بضرورة أن تعود بالنفع على العملة عبر التنصيص على مكاسب جديدة لهم أو المحافظة على حقوقهم المكتسبة، وتبرز تبعا خصوصيّة التّشريع التّونسي الذي انفرد بضبط الحدود الّتي لا يمكن النّزول عنها عند التفاوض في تكريس لما يكيّفه الفقه بالتّفاوض بالإضافة La négociation d'addition[330]، وإلاّ كان جزاؤه الإبطال.

ولقد أكّد فقه القضاء على هذا البعد حين كرّست محكمة التّعقيب الطّابع الآمر لكلّ أحكام مجلّة الشّغل في قرارها التّعقيبي عدد 11463 والصادر في 11 جانفي 1975 حيث قضت بأنّ "أحكام مجلّة الشّغل تهمّ النظام العامّ وللمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها"[331]، ولا يمكن بالتالي الاتّفاق على مخالفتها بالتقليص من الحماية الموفّرة للأجراء في تكريس للمفعول المانع للنّظام العامّ الاجتماعي.

58- وتعدّ ممارسة مجلّة الشّغل لاختصاص حصريّ في تنظيم بعض المسائل لتعلّقها واتّصالها بالنّظام العامّ مظهرا ثانيا لتجسيد استقلاليّتها، حيث يمثّل النّظام العامّ المطلق حدّا للحريّة التّعاقديّة باعتباره يهدف إلى حماية كلّ ما هو ضروريّ لحسن سير المجتمع ويهتمّ بالمصلحة العامّة في تجاوز للمصالح الخاصّة للأطراف[332]. فرغم أهمّية البعد التّعاقدي لقانون الشّغل وترك المشرّع الحرّية للأطراف للتفاوض بما أفرز تنظيم جديد للعلاقات الشّغليّة يشترك في إنتاج قواعده الاتّفاقي والتّشريعي[333]، إلاّ أنّ هذه الحريّة ليست مطلقة بل تمارس في أطر مضبوطة يحجّر فيها على الاتفاقيّات المشتركة مخالفة أحكام مجلّة الشّغل المتّصلة بالنّظام العامّ. وتبرز الاستقلاليّة من خلال الإقصاء المسلّط على بعض الميادين في أن تكون محلاّ أو موضوعا لتنظيم نابع عن قواعد ناشئة عن التّفاوض بغاية تحقيق الأمن الاجتماعي وحفظ التّوازنات الأساسيّة.

---

[325] الفصل 5 مكرر م.ش. الواقع إضافته بالقانون عدد 62 لسنة 1993 والمؤرّخ في 5 جويلية 1993.
-الفصل 94-4 م.ش. المضاف بالقانون عدد 62 لسنة 1996 والمؤرّخ في 15 جويلية 1996 والذي أقرّ المساواة بين العاملين لوقت جزئي والعاملين لكامل الوقت المستخدمين في ظروف مماثلة فيما يتعلّق بالحقوق والواجبات الّتي تقرّها النّصوص القانونيّة والتّرتيبيّة والتعاقديّة.
[326] الفصل 107 م.ش.
[327] الفصل 79 م.ش.
[328] الفصول 152 إلى 155 م.ش.
[329] الفصول 53 إلى 60 م.ش.
[330] Soulier (P.) : L'objet de la négociation, Dr. Soc. n° 7/8, 1990, p. 596.
[331] ن.م.ت. 1975، ج I ، ص 35.
[332] Carbonnier (J.) : op. cit., p. 140.
[333] Jobert (A.) : La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982, Dr. Soc., n°4, 2010, p.367 et s.
وأيضا :
Barthélemy (J.) : Vers des nouvelles évolutions du droit de la négociation collective, Dr. Soc., n°9/10, 2009, p. 908.

59- فأفضى الارتباط بين النّظام العامّ المطلق والوظائف السياديّة للدّولة « Les fonctions régaliennes de l'Etat »[334] من جهة لإقصاء تنظيم اختصاص الهياكل العموميّة في المادّة الشّغليّة من مجال التّفاوض وإفراد أحكام مجلّة الشّغل بها ومن جهة أخرى للمحافظة على التّنظيم التّشريعي للمادّة الجزائيّة، وبقيت في هذا الصّدد صلاحيّات تفقديّة الشّغل[335] باعتبارها الهيكل الرقابي الإداري صلاحيّات تشريعيّة بامتياز في منع مطلق لإمكانيّة تعديلها بمقتضى قواعد اتفاقيّة أو إسنادها لاختصاصات غير منصوص عليها قانونا طالما وأنّ الدّولة هي المؤهّلة الوحيدة لتعديل مجال اختصاص وتدخّل موظّفيها. كما أنّ القواعد الّتي تهمّ التّنظيم القضائي والاختصاصات القضائيّة لم تخرج بدورها عن هذا التمشّي شأن قواعد الاختصاص الحكمي في ذلك والتي اختصّت بوضعها مجلّة الشّغل[336] بصورة لا تقبل المساس بها، وقواعد الاختصاص التّرابي[337]، أو طرق الطّعن أمام المحاكم. ويبيّن اتّساع مجال القواعد المتّصلة بالنّظام العامّ ليشمل المادّة الجزائيّة بدوره[338]أهمّية تفرّد مجلّة الشّغل في تنظيم بعض الميادين، فبناءً على مبدأ مشروعيّة الجرائم والعقوبات المكرّس دستوريّا[339] يبقى التّشريع فقط مصدرا وحيدا للتجريم وإرساء العقوبات وعلى أساسه يكون مجرّد التقاء الأطراف الاجتماعيّة غير قادر على تجريم بعض الأفعال الجديدة أو حذف بعض الجرائم القائمة ولا التّشديد في العقوبة أو التّخفيف منها[340] حيث تظلّ هذه المجالات من اختصاص نصوص مجلّة الشّغل لا النّصوص التّعاقديّة[341].

60- ونظرا لما تكتسيه من ناحية أخرى العديد من الحقوق من علويّة فإنّها لا تخضع **بطبيعتها** للتّفاوض، إذ لا يمكن أن تتضمّن الأحكام الاتفاقيّة على أيّ شكل من أشكال المساس بالحقوق الشّخصيّة الأساسيّة والحريّات العامّة للأجير باعتبارها لصيقة بالذّات البشريّة ومرتبطة بصورة وثيقة بالكرامة الإنسانيّة للفرد ولو بتعلّة الملائمة مع المحيط الشّغلي. وتأسيسا على ذلك تبقى هذه المجالات فوق التّفاوض والتّحاور بشأنها إذ لا يجوز مثلا منع الأجير من ممارسة حقّه النّقابي أو حقّه في الإضراب أو فرض شروط تنال منها[342]، كما لا يجوز المساس ببعض أبعاد حقّ الفرد في العمل فكان احتكار مجلّة الشّغل لتنظيم استخدام اليد العاملة الأجنبيّة بموجب قواعد صارمة لا تقبل المخالفة[343].

61- ونظرا لأنّ بعض القواعد الّتي تهمّ النّظام العامّ المطلق لا تمثّل سوى عنوانا للدّور التّعديلي للدّولة في العلاقات الشّغليّة[344] فقد برّر ذلك إقصاء الأطراف الاجتماعيّة من تنظيم بعض جوانبها، لتشكّل بذلك الأحكام المضمّنة صلب مجلّة الشّغل تجسيما لبقاء إرادة الدّولة في لعب دور هامّ في تأطير العلاقات المهنيّة، وهو ما يبرز من خلال النّصوص المتعلّقة بالهياكل الخاصّة بالمادّة الشّغليّة والّتي لا يمكن أن تكون محلّ تفاوض من حيث انتخابها أو اختصاصها أو صلاحيّاتها لاتّصالها بالنّظام العامّ فيحجّر في هذا الصّدد تغيير القواعد الخاصّة بتركيبة الهياكل الممثّلة للعملة النقابيّة وغير النقابيّة واختصاصاتها[345] أو تلك المتّصلة بالتفقّد الطّبي نظرا لسهرها على حماية الصحّة العامّة[346].

---

[334]Dirringer (J.) : Thèse précitée, p. 438.

[335] الفصل 174 م.ش.

[336] الفصل 183 م.ش.

[337] أكّدت محكمة التّعقيب في العديد من قراراتها على أنّ "قواعد مرجع النّظر الترابي في المادة الشّغلية تضبطها أحكام الفصل 214 م.ش. لها مساس بالنظام العام لصبغتها الاستثنائية والاجتماعيّة ومن ثمّة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها" .

-قرار تعقيبي مدني عدد 38405 مؤرّخ في 16 نوفمبر 2009 .

-قرار تعقيبي مدني عدد 19044 مؤرّخ في 19 أكتوبر 2015 (غير منشور).

-قرار تعقيبي مدني عدد 18841 مؤرّخ في 19 جانفي 2015.

[338]Morin (M.-L.) : Le droit des salariés à la négociation collective principe général de droit, op. cit., p.617, 618.

[339] الفصل 28 من الدستور.

[340]Tarchouna (M.) : Thèse précitée, p. 1136 et s.

[341] خصّصت مجلّة الشّغل قسما كاملا للعقوبات (الفصول 320 إلى 324).

[342] قام المشرّع بتحديد شروط الإضراب صلب الفصول 376 وما بعدها م.ش.

[343] الفصول 258 إلى 269 م.ش.

[344]Dirringer (J.) : Thèse précitée, p. 440.

« Les lois d'ordre public absolu : marque de l'interventionnisme étatique ».

[345]الفصول 157 إلى 169 م.ش. المتعلّقة باللجنة الاستشاريّة للمؤسّسة.

الفصول 242 إلى 257 م.ش. المتعلّقة بالنقابات المهنيّة.

[346]Tarchouna (M.) : Thèse précitée, p. 1136 et s.

62- وتجتمع مختلف هذه القواعد في التدليل على أنّ استقلاليّة مجلّة الشّغل عن الاتفاقيّات المشتركة لا يمكن الوقوف عليها إلاّ بالاستدلال على نسبيّة التّفاوض ومحدوديّة دور النّقابات المهنيّة في وضع القواعد القانونيّة وإنتاجها، على أنّ مثل هذا الطّرح لا يمكن أن يحجب تعقّد العلاقات بين المصدرين خاصّة مع تواصل غزو الاتفاقيّات المشتركة لمجالات ظلّت حكرا على مجلّة الشّغل في إطار تطوّر العلاقة بينهما[347] أضحت بمقتضاها الأولى مصدرا منافسا للثّانية قادرا على التّأسيس بحكم سهولة استيعابه لمختلف التطوّرات والمتغيّرات في المحيط المهني لتنقيح بات إدراجه ضروريّا في مجلّة الشّغل على أساسه قد تمنح مزيد من المرونة للأطراف الاجتماعيّة حتّى يمكن لها مجابهة ضرورات الحماية الاجتماعيّة في مواجهتها لمقتضيات النّجاعة الاقتصاديّة.

[347]Poirier (M.) : Négociation collective : arrêter le massacre, Deuxième partie : La négociation collective vecteur d'altérations en droit du travail, Dr. ouv. n°4, 2013, p. 250 et s.

الأسباب الخاصة لانتهاء عقد الشغل من خلال مجلة الشغل

نسرين البلالي

باحثة بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

" أية حرية يتمتع بها أمريكي عاطل عن العمل " مقولة شهيرة للمفكر الأمريكي فيشينسكي، بقدر ما تثير الاستغراب لطرحها في بلد الحريات والقوة الاقتصادية الأولى في العالم، بقدر ما تثير ألف تساؤل في بلدان العالم الثالث أين تتفشى البطالة وتغيب الحريات... فالعمل هو أساس الحريات، ولا أدلّ على ذلك من الشعارات التي رفعت خلال الاحتجاجات الشعبية والتي سرعان ما تأججت وقادت إلى ثورة أطاحت بنظام وُصف بقمع الحريات وتهميش العمل وتفشي البطالة. وكانت أبرز مطالبها التشغيل لما يضمنه للفرد من كرامة. ورغم أنّ مجلة الشغل عرفت تنقيحين متتاليَيْن[348]، إلاّ أنّها لم توفّق في تحقيق المعادلة الصعبة بين المحافظة على نزعتها الحمائية للأجير وتوفير المرونة التي يطالب بها المؤجرون تحقيقا لمصلحة المؤسسة، معادلة حاول من خلالها المشرع التوجه نحو المرونة فيما يتعلق بعقود الشغل محددة المدة، ونحو الشدة والتضييق بالنسبة لعقود الشغل غير محددة المدة، رغم أنّه لم يميّز بين العقدين لمّا عرّف عقد الشغل صلب الفصل السادس من مجلة الشغل بأنه " اتفاقية يلتزم بمقتضاها أحد الطرفين ويسمى عاملا أو أجيرا بتقديم خدماته للطرف الآخر ويسمى مؤجرا وذلك تحت إدارة ومراقبة هذا الأخير وبمقابل أجر." والذي تفرّع إلى الفصول 6-2، 6-3 و 6-4 بمقتضى تنقيح 1996 ليتضح التمييز بين العقدين، فقد كرّس الفصل 6-2 التفرقة بين العقدين ومنح للطرفين المتعاقدين حرية اختيار شكل العقد[349]. لكن إذا كانت التفرقة واضحة على مستوى الإبرام، فإنها تتضح أكثر على مستوى انتهاء العقدين.

وقد خّصصت مجلة الشغل الباب الثالث لانتهاء عقد الشغل، وتضمنّ أول فصل في هذا الباب، وهو الفصل 14[350] ثلاث فقرات، تضمنت الأولى الأسباب الخاصة لانتهاء عقد الشغل المبرم لمدة معينة، والثانية الأسباب الخاصة لانتهاء عقد الشغل المبرم لمدة غير معينة، والفقرة الثالثة الأسباب المشتركة بين العقدين. فتتجلّى بوضوح التفرقة بين العقدين من خلال تخصيص فقرتين مستقلّتين لهما للأسباب الخاصة لانتهاء كلّ عقد منهما. من هنا كان مأتى الفكرة التي أوحت لي باختيار الموضوع، خصوصا لما يطرحه من أهمية على مستوى التمييز بين المصطلحات، باعتبار أنّ الفقه يخلط بين انتهاء العقد: La fin du contrat وإنهائه : La rupture du contrat، ويستعمل المصطلحيْن كأنهما يحملان نفس الدلالة رغم

---

348 الأول بمقتضى القانون عـدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994، والثاني بمقتضى القانون عـدد 62 لسنة 1996 المؤرخ في 15 جويلية 1996، وقد ورد في شرح أسباب مشروع هذا القانون أنه يمثل المشروع الثاني في برنامج مراجعة مجلة الشغل بعد أن تمّت بمقتضى القانون عـدد 29 لسنة 1994.

349 فقد اقتضى أنه " يبرم عقد الشغل لمدّة غير معينة أو لمدة معيّنة"

350 الذي نقّح سنة 1994 واقتضى أنه " ينتهي عقد الشغل المبرم لمدة معينة بانتهاء المدة المتفق عليها أو بإتمام العمل موضوع العقد.
والعقد المبرم لمدة غير معينة ينتهي بانتهاء أجل الإعلام بإنهاء العمل.
كما ينتهي عقد الشغل سواء كان مبرما لمدة معينة أو غير معينة :
أ) باتفاق الطرفين
ب) بإرادة أحد الطرفين تبعا لارتكاب خطإ فادح من الطرف الآخر.
ج) عند تعذر الإنجاز الناتج إما عن أمر طارئ أو قوة قاهرة حدثت قبل أو أثناء تنفيذ العقد أو عن وفاة العامل.
د) بالفسخ المصرّح به من طرف القاضي في الصور التي يبيّنها القانون.
ه) في الحالات الأخرى التي ينصّ عليها القانون."
وقد كان ينصّ في صيغته القديمة أنه " ينتهي عقد الشغل المبرم لأجل معيّن :
أ- بانتهاء الأجل المتفق عليه أو بإتمام العمل موضوع العقد.
ب- بالفسخ المصرح به من طرف الحاكم في الصور التي يبيّنها القانون.
والعقد المبرم لمدة غير معينة ينتهي بانتهاء المدة المعطاة حسب ما يلي :
أ- شهر واحد بالنسبة للعملة ذوي الأجور الشهرية.
ب- ثمانية أيام بالنسبة لبقية العملة.
وكلّ هذا لا يمسّ بأكثر المقتضيات فائدة مما يتمتع بها العامل والناتجة عن شرط قانوني خاص تضمنه اتفاق الطرفين أو الاتفاق المشترك أو تقاليد المهنة.
العقدة ذات المدة المعينة أو غير المعينة تنتهي :
أ- باتفاق الطرفين.
ب- عند وقوع الغلطة الفادحة من أحد الطرفين.
ج- عند تعذر الإنجاز الحاصل إما من أمر طارئ أو قوة قاهرة حدثت قبل أو أثناء إنجاز العقد أو وفاة العامل."
انظر الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عـدد 20 الصادر يومي الثلاثاء 3 والجمعة 6 ماي 1966.

الاختلاف الجوهري بينهما. فالانتهاء يعني انقضاء العقد بقوة القانون، أي في جميع الصور التي يحدّدها القانون، ومن بينها الإنهاء، إما بالإرادة المشتركة لطرفيْ العقد ويسمى الإنهاء الاتفاقي:La rupture conventionnelle ،أو بالإنهاء أحادي الجانب بالإرادة المنفردة لأحد طرفيْه:La rupture unilatérale.[351] من هنا ارتأيت تناول هذا الموضوع والتركيز على أسباب الانتهاء الخاصة بالعقدين لاستجلاء الفوارق القائمة بينهما، دون الاكتفاء بما تضمنته مجلة الشغل، بل بالرجوع إلى الأحكام التعاقدية المضمنة صلب الاتفاقيات المشتركة القطاعية خصوصا بعد تعديلها سنة 2009، وذلك تطبيقا للقاعدة الأنفع للأجير حسب أحكام الفصل 31 من مجلة الشغل[352]، خصوصا مع تخصيص المشرع لفقرة مستقلّة لكلّ عقد، مما يوحي باختلاف السياسة التشريعية في ضبط الأسباب الخاصة بانتهاء كلّ عقد منهما، فكان الطريق مفتوحا للتساؤل عن ملامح التوجه التشريعي في ضبط الأسباب الخاصة بانتهاء عقد الشغل ؟ بقراءة متكاملة للفصل 14 من مجلة الشغل والفصول الموالية، يتضح أنّ السياسة التشريعية اتجهت نحو تكريس المرونة في ضبط الأسباب الخاصة بانتهاء عقد الشغل محدد المدة (**I**)، ونحو الشدة والتضييق في تحديد الأسباب الخاصة بعقد الشغل غير محدد المدة (**II**).

I- توجه تشريعي نحو تكريس المرونة في ضبط الأسباب الخاصة بانتهاء عقد الشغل محدّد المدة

اقتضى الفصل **14** من مجلة الشغل في فقرته **الأولى** أنه "**ينتهي عقد الشغل المبرم لمدة معينة بانتهاء المدة المتفق عليها أو بإتمام العمل موضوع العقد**"، فلئن نصّ المشرع أنّ العقد محدد المدة ينتهي مبدئيا بانقضاء أجله وهو ما يسمى بالانتهاء القانوني للعقد (أ) إلاّ أن ذلك لا يمنع من إمكانية إنهاء العقد مسبقا بإرادة أحد طرفيْه أي قبل انقضاء أجله فيكيّف بالإنهاء التعسفي (ب)

أ- انتهاء العقد بقوّة القانون بانتهاء أجله

ينتهي عقد الشغل محدد المدة بقوة القانون بانتهاء أجله سواءً كان محدّدا بأجل ثابت أو بأجل غير ثابت. وقد نص الفصل 6-2 من نفس المجلة في **فقرته الثانية أنه "يمكن أن يتضمن عقد الشغل لمدة معينة تحديدا لفترة زمنية لتنفيذه أو تعيينا للعمل الذي ينتهي العقد بإنجازه."** بعد أن منح صلب فقرته الأولى للأطراف حرية اختيار الشكل الزمني للعقد بأن مكّنهم من إبرام عقد شغل لمدّة غير معينة أو لمدة معينة[353]، والتي على أساسها يقع التمييز بين العمال القارين والعمال الوقتيين.

---

[351] فالانتهاء لغة مصدر انتهى، ينتهي انتهاءً فهو مُنتهٍ، انتهى الأجل أي انقضى العمر بالموت، انتهاء المدة أي انقضاؤها، انتهى الشيء أي وصل إلى نهايته. والإنهاء لغة مصدر أنهى، يُنهي إنهاءً فهو مُنهٍ والمفعول مُنهًى، أنهى الشيء أي أبلغه نهايته.

[352] فبعد أن عرّف في فقرته الأولى الاتفاقية المشتركة للشغل، اقتضى في فقرته الثانية أنه " في كلّ مؤسسة داخلة في دائرة تطبيق اتفاقية تفرض أحكام تلك الاتفاقية على العلاقات المتولّدة عن العقود الفردية أو الجماعية إلاّ إذا كانت شروط تلك العقود أكثر نفعا للعمال من شروط الاتفاقية المشتركة."، فكان بحثي صلب الأحكام التعاقدية توْقا للإضافة والإفادة وتساؤلا عن مدى إمكانية إدراج هاته الأحكام صلب مجلة الشغل بعد تلافي نقائصها، لا سيما أنّ أغلب الكتابات الفقهية اقتصرت على الأحكام القانونية.

[353] "ويستنتج من خلال هذا الفصل أنّ المشرع ينظر إلى هذين الصنفين من عقود الشغل باعتبارهما على قدم المساواة. فهو لا يفضل هذا العقد على ذاك ولا يعتبر أنّ الأصل هو التشغيل بصفة قارة من خلال عقود الشغل المبرمة لمدة غير معينة، ولا ينصّ على أنّ اللّجوء إلى العقود ذات المدة المعينة يبقى مجرد استثناء لا يتعيّن التوسع فيه. وهذا الموقف لا يتماشى مع التوجه السائد في قانون الشغل المعاصر في العديد من البلدان، وعلى سبيل المثال فإنّ التشريع الفرنسي ينطلق من أنّ المبدأ هو الانتداب بمقتضى عقد الشغل المبرم لمدة غير معينة (الفصل L 121-5 من مجلة الشغل الفرنسية)، وهو يمنع صراحة أن يقع اللّجوء إلى عقد الشغل المبرم لمدة معينة طالما كان موقع العمل قارّا ومرتبطا بالنشاط العادي والمستمر للمؤسسة (الفصل L 121-1,al 1er من مجلة الشغل الفرنسية) وفي نفس الاتجاه يقر المشرع الجزائري أنّ الأصل هو أن يبرم عقد الشغل لمدة غير معينة، إلاّ في حالات استثنائية قائمة على اعتبارات موضوعية حدّدها القانون بصفة حصرية (الفصل 11 من مجلة الشغل الجزائرية)." النوري مزيد، "النظام القانوني لعقود الشغل المبرمة لمدّة معيّنة"، دراسات قانونية عـــدد 10، كلية الحقوق بصفاقس، 2003، ص 13. لكن ذلك لا يعني أنّ حرية المؤجر في اللجوء إلى عقود شغل محددة المدة مطلقة، فقد فرض المشرع في بعض الحالات أن يبرم العقد لمدة محددة : الأولى بالنسبة لعقد شغل العامل الأجنبي في البلاد التونسية فقد اشترط الفصل 258-2 في فقرته الثانية أن يبرم عقد الشغل لمدة لا تتجاوز السنة قابلة للتجديد مرة واحدة، والثانية تهم المناطق الاقتصادية الحرة، فبصرف النظر عن أيّ نص مخالف تعتبر عقود الشغل المبرمة بين المؤسسات المنتصبة بهذه المناطق وأجرائها عقودا مبرمة لمدة معينة مهما كان شكلها أو مدتها أو صيغ تنفيذها، وذلك حسب أحكام الفصل 23 من القانون عـدد 81 المؤرخ في 3 أوت 1992 المتعلق بإحداث المناطق الاقتصادية الحرة (الرائد الرسمي عـدد 52 الصادر في 7 أوت 1992). لكنّ هذه التسمية تغيّرت وأصبحت تسمى فضاءات الأنشطة الاقتصادية بموجب القانون عـدد 75 لسنة 2001 المؤرخ في 17 جويلية 2001 (الرائد الرسمي عـدد 58 الصادر في 20 جويلية 2001). يراجع كذلك في نفس الإطار محمد بالهادف،

والعقد محدد المدة نوعان : العقد المحدد بأجل ثابت أي المبرم لفترة زمنية لتنفيذه والعقد المحدد بأجل غير ثابت أي المبرم لإنجاز عمل ما والذي ينتهي بانتهاء العمل المتفق عليه[354].

ولم يكن المشرع التونسي قبل سنة 1996 ينظم حالات اللّجوء إلى عقود الشغل محددة المدة، بل اقتصر على الإقرار بإمكانية التشغيل بواسطة هذه العقود[355]. وجاء تنقيح مجلة الشغل لسنة 1996[356]ليرسي نظام تشغيل الأجراء بصفة وقتية ويحدّد الحالات التي يجوز فيها اللّجوء إلى إبرام عقود شغل محددة المدة صلب الفصل **6-4**[357].

وتنقسم هذه العقود إلى صنفين : الأول هو العقود الوقتية بطبيعتها ويتعلق بالحالات الموضوعية التي تبرّر اللجوء إلى عقود الشغل محددة المدة قصد إنجاز أعمال عرضية وهي الحالات التي ينتهي فيها العقد **بإنجاز العمل المتفق عليه**[358]، وهي مناط الفقرة الأولى من هذا الفصل[359]. أما الصنف الثاني فهو العقود الوقتية بإرادة الطرفين التي تطرقت لها الفقرة الثانية من ذات الفصل، وفي الواقع فإنّ هذه العقود تكون محددة المدة بإرادة المؤجر الذي يمكنه إبرام عقد شغل لمدة معينة **وبأجلثابت**، دون أن يبرّر ذلك بسبب موضوعي يتعلق بطبيعة العمل أو بالخطة التي سيشغلها الأجير الذي يمكن أن يُنتدب بصفة وقتية في موطن عمل قارّ. إلاّ أنّ حرية اللجوء إلى هذا العقود غير مطلقة، فالمشرع يشترط أن لا تتجاوز مدة العقد أربع سنوات بما في ذلك تجديداته والتي تسمى بالتجديد الصريح. وعند انقضاء هذه المدة إذا وقع تجديد العقد أو إذا واصل

"آثار عولمة الاقتصاد على العلاقات الشغلية"، مجلة القضاء والتشريع عـــدد 10، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، أكتوبر 2006، ص 76 / رضوان بلعائبة، العلاقة الشغلية في المناطق الاقتصادية الحرة، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1994.

[354] "بالنسبة إلى عقود الشغل المبرمة لمدة معينة التي لا تتضمّن أجلا ثابتا لانقضائها. في هذه الصورة يكون اللجوء إلى عقد الشغل المبرم لمدّة معيّنة قائما على اعتبارات موضوعية تتصل بالطبيعة الظرفية للعمل مثلما حدّدها المشرع صلب الفقرة الأولى من الفصل 6-4 من مجلة الشغل. ونعلم أنّ المشرع لا يشترط أن يحدّد المؤجر مسبقا المدة التي يتطلّبها تنفيذ الأشغال الوقتية التي انتدب من أجلها الأجير. ولعلّ ذلك يعود إلى أنه يصعب عمليا تحديد تلك المدة بدقة باعتبارها ترتبط بظروف استثنائية خارجة عن إرادة المؤجر. لكنّ هذا الحلّ من شأنه أن يزيد في هشاشة الوضعية التي يوجد فيها الأجير حيث يعتبر عاملا وقتيا دون أن يتمّ إعلامه ولو بصفة تقريبية متى سينتهي عمله. ويترتب عن ذلك أنّ الأجير يفاجأ بانتهاء عمله دون أن يكون المؤجر قد مكّنه من فرصة للبحث عن عمل جديد. لهذا نعتقد أنه من المفيد بالنسبة لعقود الشغل المبرمة لمدة معينة على معنى الفقرة الأولى من الفصل 6-4، أي الحالات التي تتصل بالطبيعة الظرفية للعمل، أن يتدخّل المشرع ليشترط تحديد أجل أوّلي لنهاية العقد مع التنصيص على إمكانية تجديده، دون أن تتجاوز المدة الجملية له حدّا أقصى يقع ضبطه من قبل المشرع، وهذا الحلّ كرّسه المشرع الفرنسي الذي حدّد المدة القصوى للعقد المبرم لمدة معينة بـــ18 شهرا مبدئيا، مع وجود حالات استثنائية تتراوح فيها تلك المدة بين 9 أشهر و24 شهرا (الفصل L.122-1-2 II من مجلة الشغل الفرنسية)." النوري مزيد، "النظام القانوني لعقود الشغل المبرمة لمدّة معينة"، المرجع السابق، ص 38. يراجع كذلك OUALI (D.), L'emploi des salariés à durée déterminée, Mémoire pour l'obtention du Diplôme des Etudes Approfondies en : droit des affaires, Faculté de Droit de Sfax, 1997.

[355] إذ كان الفصل 6 قديم م.ش ينص أنّ " الإجارة أو عقد الشغل اتفاقية يلتزم بمقتضاها أحد الطرفين ويسمّى عاملا بتقديم خدماته، إما لمدة معينة أو غير معينة وإما لإنجاز عمل ما، للطرف الآخر ويسمى مؤجرا وذلك تحت إدارة ورقابة هذا الأخير وبمقابل أجر."

[356] بموجب القانون عـــدد 62 لسنة 1996 المؤرخ في 15 جويلية 1996.

[357] فقد نصّ الفصل 6-4 الذي أضيف سنة 1996 أنه "1* يمكن إبرام عقد الشغل لمدة معينة في الحالات التالية :

- القيام بالأشغال الأولى لتركيز المؤسسة أو بأشغال جديدة،
- القيام بالأعمال التي تستوجبها زيادة غير عادية في حجم العمل،
- التعويض الوقتي لعامل قار متغيّب أو توقف تنفيذ عقد شغله،
- القيام بأشغال متأكدة لتفادي حوادث محققة أو لتنظيم عمليات إنقاذ أو لتصليح خلل بمعدات أو تجهيزات أو بناءات المؤسسة،
- القيام بأعمال موسمية أو بأنشطة أخرى لا يمكن حسب العرف أو بحكم طبيعتها اللّجوء فيها إلى عقود لمدة غير معينة.

2* كما يمكن إبرام عقد الشغل لمدة معينة في غير الحالات المذكورة في الفقرة السابقة بالاتفاق بين المؤجر والعامل على أن لا تتجاوز مدة هذا العقد أربع سنوات بما في ذلك تجديداته. وكلّ انتداب للعامل المعني بعد انقضاء هذه المدة يقع على أساس الاستخدام القارّ ودون الخضوع لفترة تجربة..."

[358] انظر المنشور عـــدد 13 الصادر عن وزير الشؤون الاجتماعية في 10 جويلية 1997 حول تطبيق أحكام مجلة الشغل الخاصة بعقد الشغل لمدة معينة بعد تنقيحها بالقانون عـــدد 62 المؤرخ في 15 جويلية 1996. يراجع في نفس الإطار : CHIKHAOUI (H.), Le régime juridique du contrat de travail à durée déterminée, mémoire de mastère en droit social, Faculté de Droit de Sfax, 2010. / ALOUANE (M.), Réflexions à propos de l'article 6-4 du code du travail, Revue Travail et Développement n°13, INTES, 1998, p 172.

انظر كذلك : القرار التعقيبي المدني عـــدد 9215/2013 الصادر بتاريخ 03 فيفري 2014 (غير منشور)

القرار التعقيبي المدني عـــدد 1445/2013 الصادر بتاريخ 14 فيفري 2014 (غير منشور)

[359] يطرح الإشكال خاصة بالنسبة لعمال الحظائر والأشغال العامة، حيث ذهبت بعض القرارات إلى القول بأنّ الأجير المنتدب في حضيرة بناء يعتبر عاملا وقتيا ينتهي عقده بانتهاء الحضيرة أو بتوقف نشاطها (تع.مد.عـدد 11401 مؤرخ في 23 جوان 1985، مجلة القضاء والتشريع، جانفي 1987، ص 106)، لكن في اتجاه آخر اعتبرت محكمة التعقيب أنّ عامل البناء الذي عمل بعدّة حضائر مع نفس المؤجر يعتبر من العمال القارين (تع.مد.عدد 5934 مؤرخ في 14 فيفري 1983، ن.م.ت 1983، ج 1، ص 33). وعموما فإنه في غياب حصر دقيق للأنشطة التي يمكن أن تدخل ضمن الحالة الخامسة، يبقى الباب مفتوحا للتحيل على القانون أو على الأقل لظهور صعوبات في معرفة هل أنّ النشاط يستوجب أم لا يستوجب اللجوء إلى العمال الوقتيين" النوري مزيد، "النظام القانوني لعقود الشغل المبرمة لمدة معينة"، المرجع السابق، ص 19. يراجع كذلك : فاخر بن سالم، محاضرات في قانون الشغل لطلبة السنة الثانية من الإجازة الأساسية في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، السنة الجامعية 2014/2013، ص 23 / عادل النفاتي، عقد الشغل في قطاع البناء والأشغال العامة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2009.

الأجير تقديم خدماته ينقلب العقد إلى عقد غير محدد المدة بحكم القانون. وقد اقتضى الفصل 17 كذلك أنه "**إذا تمادى العامل على تقديم خدماته عند انتهاء الأجل المتفق عليه بدون معارضة الطرف الآخر يتحول العقد إلى عقد ذي أجل غير معين.**" فهذا الفصل يتعلّق بحالة استثنائية وهي انتهاء العقد المبرم لمدة معينة بانتهاء الأجل المتفق عليه، إذ يتحول العقد إلى عقد غير محدد المدة ويتحول الأجير من عرضي إلى قارّ بحكم القانون بتوفر شرطيْن وهما : أن يواصل الأجير تقديم خدماته بدون انقطاع بعد بلوغ أجل العقد، وأن لا يعارض المؤجر فيذلك، وهو ما يسمى بالتجديد الضمني[360].

ويعدّ الانتهاء قانونيا باعتبار أنّ العقد ينتهي بقوة القانون دون الحاجة إلى اتباع أيّ إجراء أو توجيه إعلام مسبق إلاّ في صورة وجود بند أنفع للأجير[361]. فببلوغ الأجل، يكون العقد قد أنتج آثاره واستوفى كلّ الالتزامات المتبادلة المحمولة على طرفيْه، وليس للأجير الحق إلاّ في الحصول على شهادة عمل[362] ووصل إبراء، والأهم أنه صار يتمتع منذ سنة 2009 عند تنقيح الاتفاقيات القطاعية المشتركة بالحق في تجديد عقد الشغل محدد المدة[363]، وذلك بنفس مركز العمل الذي كان يشغله، أو في صورة إحداث مراكز عمل جديدة في نفس الاختصاص، أي حق الأولوية في الانتداب[364]. وعليه فإنّ مدة هذا العقد لم

---

[360] "يتبيّن أنّ المشرع قيّد إبرام هذا الصنف من العقود بشرط شكلي يتمثل في الكتابة وبشرط موضوعي يتمثل في المدة القصوى للعقد الواحد أو للعقود المتتالية. لكن ماهو جزاء الإخلال بهذين الشرطين؟ هنا نكشف عن أهمية ووظيفة إعادة التكييف التي تمثل الجزاء نفسه وهي جزاء مدني عن الإخلال بالنظام القانوني لعقود الشغل معيّنة المدة وتسمى إعادة التكييف-جزاءLa requalification-sanction لتمييزها عن إعادة التكييف-تفسير La requalification-interprétation التي تهدف إلى إعطاء العقد الوصف القانوني الذي يراه القاضي صحيحا." المنجي طرشونة، "عقود الشغل المبرمة لمدة معينة من خلال فقه قضاء محكمة التعقيب"، المرجع السابق، ص 36. يراجع كذلك في نفس الإطار : عصام الأحمر، إشكالات في نزاعات الشغل الحلول القانونية والاجتهادات القضائية، سيفاد للنشر، تونس، 2008، ص 136.

[361] حافظ العموري، قانون الشغل، المعهد الوطني للشغل والدراسات الاجتماعية، تونس 2004، ص 82. يراجع كذلك : المبروك السعداوي: انتهاء عقد الشغل بموجب القانون، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2010 / وسام الساطوري، حماية الأجير في عقد الشغل محدد المدة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2010 / عبد الحميد عبد الله، عقد الشغل محدود المدّة، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1997 / الشاذلي فارس، "عقد الشغل معيّن المدّة من خلال تنقيحيْ 1994/02/21 و 1996/07/15، مجلة القضاء والتشريع ، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، جويلية 1997، ص 118.

[362] حيث اقتضى الفصل 27 من مجلة الشغل أنه "لكلّ عامل-عند انتهاء شغله- أن يطالب مؤجره بشهادة تنص على تاريخ الدخول والخروج ونوع العمل وعند الاقتضاء على الأعمال التي تداولها مع بيان مدة القيام بكلّ عمل منها."

[363]«Avec les amendements du droit conventionnel, parus au JORT en 2009, par un article de style introduit dans toutes les conventions collectives de branches, « il est accordé une priorité de renouvellement du contrat à durée déterminée au travailleur dont le contrat a pris fin par l'arrivée du terme, et ce pour le poste qu'il occupait, ou lors de la création des nouveaux postes de travail dans la même spécialité », des stipulations desquelles on dégage un droit au maintien dans l'emploi tant que le poste de travail existe. En stipulant ainsi, le droit conventionnel conditionne la durée du contrat à la durée du poste de même spécialité qui existe, ou qui sera crée, dans l'entreprise. » SAFI (A.), Les relations individuelles de travail, Support de cours destiné au étudiants de la 1ère année LADS, Institut National du Travail et des Etudes Sociales, TUNIS 2010/2011, p 60.

[364] أدخل هذا التنقيح على الاتفاقيات المشتركة القطاعية بتعديل الفصل 1 مكرر (جديد) : عقد الشغل لمدة معينة : "...تعطى الأولوية في تجديد عقد الشغل لمدة معينة للعامل الذي انتهى عقد شغله في أجله وذلك في موقع العمل الذي كان يشغله، أو عند إحداث مواطن شغل جديدة بالمؤسسة في نفس الاختصاص المهني. تسري هذه الأولوية طلية 6 أشهر، بداية من تاريخ انتهاء عقد الشغل. ويمنع تعويضه بعامل آخر طلية هذه المدة. ويتمّ استدعاء العامل المعني بالأمر للالتحاق بعمله برسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ، وفي صورة عدم التحاقه بعمله في أجل أقصاه 15 يوما من تاريخ بلوغه الإعلام، فإنه يعتبر متخليا عن حقه في أولويةالانتداب..." الاتفاقية المشتركة القطاعية للنسيج / الاتفاقية المشتركة القطاعية لصناعة الملابس المنسوجة والجاهزة المنقحتيْن بالملحق التعديلي عدد 10 الممضى بتاريخ 28 جانفي 2009 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية المؤرخ في 17 فيفري 2009 والصادر بالرائد الرسمي عدد 16 المؤرخ في 24 فيفري 2009، الاتفاقية المشتركة القطاعية لصناعة الأحذية وما شاكلها / الاتفاقية المشتركة القطاعية للطباعة والنقاشة والتسفير والنشر وتحويل الكردونة والتصوير الشمسي / الاتفاقية المشتركة القطاعية لصناعة الخشب والموبيليا والخفاف / الاتفاقية المشتركة القطاعية لقاعات العرض السينمائي، المنقحة كلّها بالملحق التعديلي عدد 9 الممضى بتاريخ 28 جانفي 2009 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية المؤرخ في 17 فيفري 2009 والصادر بالرائد الرسمي عدد 16 المؤرخ في 24 فيفري 2009، الاتفاقية المشتركة القطاعية لتجارة وتوزيع النفط وجميع مشتقاته / الاتفاقية المشتركة القطاعية لتحويل البلّور والمرآة، المنقحتيْن بالملحق التعديلي عدد 8 الممضى بتاريخ 28 جانفي 2009 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية المؤرخ في 17 فيفري 2009 والصادر بالرائد الرسمي عدد 16 المؤرخ في 24 فيفري 2009، الفصل 12 (جديد) : وضعية الأعوان وانتدابهم، من الاتفاقية المشتركة القطاعية للتأمين المنقحة بالملحق التعديلي عدد 8 الممضى بتاريخ 23 ماي 2009 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية مؤرخ في 01 جوان 2009 وصادر بالرائد الرسمي عدد 45 المؤرخ في 05 جوان 2009، الفصل 8 (جديد) : عقد الشغل لمدة معينة من الاتفاقية المشتركة القطاعية لوكالات الأسفار المنقحة بالملحق التعديلي عدد 4 الممضى بتاريخ 28 جانفي 2009 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية مؤرخ في 17 فيفري 2009 وصادر بالرائد الرسمي عدد 16 المؤرخ في 24 فيفري 2009، الفصل 8 (جديد) : عقد الشغل لمدة معينة من الاتفاقية المشتركة القطاعية لنقل البضائع عبر الطرقات المنقحة بالملحق التعديلي عدد 4 الممضى بتاريخ 06 ماي 2009 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية مؤرخ في 12 ماي 2009 وصادر الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 39 المؤرخ في 15 ماي 2009، الفصل 11 : عقد الشغل لمدة معينة (العمال الوقتيون أو العرضيون) من الاتفاقية المشتركة القطاعية للميكانيك العام ومحطات بيع الوقود المنقح بالملحق التعديلي عدد 3 الممضى بتاريخ 09 جويلية 2009 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية المؤرخ في 21 جويلية 2009 والصادر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 60 والمؤرخ في 28 جويلية 2009، الفصل 2 (جديد) : عقد الشغل لمدة معينة من الاتفاقية المشتركة القطاعية للعجين الغذائي والكسكسي المنقح بالملحق التعديلي عدد 9 الممضى بتاريخ 25 أفريل 2009 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 12 ماي 2009 والصادر بالرائد الرسمي عدد 39 المؤرخ في 15 ماي 2009، الفصل 11 (جديد) : عقد الشغل لمدة معينة من الاتفاقية المشتركة القطاعية لمعامل المصبرات وشبه المصبرات الغذائية وتعليب الزيوت المنقح بالملحق التعديلي عدد 9 الممضى بتاريخ 22 أفريل 2009

تعد تخضع إلى إرادة المؤجر في تجديد العقد من عدمه بل إلى استمرارية وجود مركز العمل بالمؤسسة. فبانتهاء الأجل المتفق عليه صلب العقد، إذا كان مركز العمل موجودا بعدُ، فالأولوية تُمنح للأجير المرتبط بعقد شغل محدد المدة. أما في صورة حذف مركز العمل فإنّ الأولوية تبقى حقا يتمتع به الأجير طيلة الستة أشهر التي تحتسب من يوم انتهاء أجل العقد، أو إذا وقع إحداث نفس مركز العمل أو مركز آخر من نفس الاختصاص، ويمنع على المؤجر تعويض العامل بعامل آخر طيلة هذه الفترة[365]. ويُحمل واجب الإعلام بإعادة إحداث نفس مركز العمل أو مركز آخر من نفس الاختصاص على المؤجر الذي عليه أن يوجه للأجير رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ يدعوه فيها إلى استئناف عمله. وخلال خمسة عشر يوما من استلام الرسالة يعتبر الأجير الذي امتنع عن الردّ متخليا عن مركز عمله، أمّا إذا كان ردّه بالقبول، وكانت مدة العقد قد تجاوزت أربع سنوات، فإنّ العقد محدد المدة يتحول إلى عقد غير محدد المدة بقوة القانون التي تغلّبت بموجب هذا التنقيح على إرادة المؤجر في اختيار طبيعة العقد وتحديد مدته. وهذه الأحكام التعاقدية الواردة صلب الاتفاقيات القطاعية المشتركة سُبقت بتطور على مستوى فقه القضاء الذي كان يطبق الفقرة الثانية من الفصل 6-4 أو الفصل 17 من مجلة الشغل[366]. لكن إذا كان عقد الشغل محدد المدة ينتهي بموجب القانون بانتهاء أجله، فإنّ ذلك لا ينفي إمكانية تدخل أحد طرفيْ العقد لإنهائه قبل انقضاء أجله بإرادته المنفردة.

ب-إمكانية إنهاء العقد بإرادة أحد طرفيْه قبل انقضاء أجله

إذا بادر أحد الطرفين بإنهاء عقد الشغل محدد المدة قبل انقضاء أجله، دون وجود سبب قانوني يبرّره[367] ، فإنّ الإنهاء يكتسي صبغة تعسفية[368]. لكنّ المشرع لم يحدّد أيّ إجراءات يتعيّن اتباعها عند إنهاء العقد قبل انقضاء أجله، وإنما اكتفى بتقنين آثار قطع هذا العقد تعسفيا بتقدير الغرامة المستحقة من طرف الأجير. ولئن دعّم المشرع إجراءات إنهاء عقد الشغل غير محدد المدة[369]، فإنه لم يوجب اتباع أيّة إجراءات لإنهاء العقد محدد المدة قبل انقضاء أجله، فإنهاء هذا العقد لا يتطلّب

والمصادق عليه في 12 ماي 2009 والصادر بالرائد عـــــــدد 35 المؤرخ في 15 ماي 2009، الفصل 11 (جديد) : عقد الشغل لمدة معينة من الاتفاقية المشتركة القطاعية لمعامل المشروبات الغازية غير الكحولية وعصير الغلال والمياه المعدنية المنقح بالملحق التعديلي عـــدد 9 الممضى بتاريخ 28 جانفي 2009 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 17 فيفري 2009 والصادر بالرائد الرسمي عـــــــدد 16 المؤرخ في 24 فيفري 2009 ...

[365] يطرح التساؤل عن الجدوى من تكريس حق الأجير في تجديد عقد الشغل دون التنصيص على العقوبة المسلطة على المؤجر في صورة عدم التزامه بذلك، فكان أولى بالأطراف الاجتماعية عند إدراج هذا الحق أن تنتبه إلى انعدام جدواه طالما لم يوجد ما يلزم المؤجر على احترامه. ثم ماذا سيكون موقف القاضي الشغلي إذا رفع الأجير دعوى قصد إلزام المؤجر بتجديد عقد شغله والحال أنه مقيّد بالقاعدة الأصولية لا جزاء بدون نصّ من جهة، ومن أخرى بوجوب البتّ في النزاع وإلاّ ارتكب جريمة إنكار العدالة طبق أحكام الفصل 108 من المجلة الجزائية؟ تنقيح سيضع القاضي الشغلي بين المطرقة والسندان، لم تنتبه الأطراف الاجتماعية إلى إشكاليات تطبيقه، ولم يتدارك المشرع ذلك بإدراج هاته الأحكام التعاقدية صلب مجلة الشغل بعد تلافي نقائصها.

[366] « Cette évolution du droit du travail a été précédée par « une évolution » au niveau de la jurisprudence. En effet, après une hésitation, entre les années 1996 et les années 2000, la jurisprudence, tout en respectant la volonté de chacune des parties, contrôle l'application des textes régissant la fin du CDD et n'hésite pas à requalifier le CDD en CDI quand c'est nécessaire et ce, soit en faisant application de l'alinéa 2 de l'article 6-4 du code du travail, soit en faisant application de l'article 17 du même code (Cass.civ.arrêt n° 53932 du 09/09/1996, Cass.civ.arrêt n° 52902 du 09/01/1997, Cass.civ.arrêt n° 62617 du 05/01/1998, Cass.civ.arrêt n° 73359 du 03/11/1999, Cass.civ.arrêt n° 70227 du 12/05/1999). » SAFI (A.), Les relations individuelles de travail, op.cit, p 61.

انظر القرار التعقيبي المدني عـــدد 4643/2013 الصادر بتاريخ 20 ديسمبر 2013 (غير منشور).

[367] ينص الفصل 14 من مجلة الشغل في فقرته الثالثة أنه "ينتهي عقد الشغل سواء كان مبرما لمدة معينة أو لمدة غير معينة :

أ- باتفاق الطرفين. ب- بإرادة أحد الطرفين تبعا لارتكاب خطإ فادح من الطرف الآخر. ج- عند تعذّر الإنجاز الناتج إما عن أمر طارئ أو قوة قاهرة حدثت قبل أو أثناء تنفيذ العقد أو عن وفاة العامل. د- بالفسخ المصرح به من طرف القاضي في الصور التي يبيّنها القانون. ه- في الحالات الأخرى التي ينص عليها القانون. "فمن بين أهمّ الأسباب المشتركة للإنهاء بين العقد محدد المدة والعقد غير محدد المدة إنهاء العقد بإرادة أحد الطرفين تبعا لارتكاب خطإ فادح من الطرف الآخر، فإذا كان العقد محدد المدة فإنّ إنهاءه بالإرادة المنفردة لأحد طرفيْه يعدّ استثناءً فالأصل أن يتواصل العقد إلى بلوغ أجله. أما إذا كان العقد غير محدد المدة فإنّ إنهاءه بالإرادة المنفردة لأحد الطرفيْن ليس إلاّ ممارسة لحق الإنهاء أحادي الجانب.يراجع في هذا الإطار : حنان بن نجمة، إنهاء عقد الشغل للخطإ الفادح للمؤجر، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2010/ إيمان الشايب، الخطأ الفادح للأجير، مذكرة للإحراز على شهادة الماجستير في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق بصفاقس، 2013.

[368] "فلا يجوز استعمال مصطلح الطرد بل يجب استعمال مصطلح القطع أو الإنهاء حتى وإن حدث ذلك قبل انقضاء الآجال..." حافظ العموري، "قطع عقد الشغل معيّن المدّة"،" المجلة التونسية للقانون الاجتماعي عـــــــدد 7، الجمعية التونسية للقانون الاجتماعي، تونس 1995، ص 75. فالمشرع استعمل مصطلح القطع بالنسبة لعقد الشغل محدد المدة (الفصل 24 جديد) ولم يستعمل مصطلح الطرد إلاّ بالنسبة لعقد الشغل غير محدّد المدة (الفصل 14 ثالثا-رابعا وخامسا).

Il faut noter que l'article L.1243-1 du Code de Travail Français dispose que « Sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave, de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail. »

[369] وذلك بموجب القانون عـــــدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994.

إعلاما لأنّ كلّ طرف يعرف مسبقا تاريخ انتهاء المدة أو العمل المتفق عليه إذ يرتكز هذا العقد على الثقة المتبادلة بين طرفيْه لاحترام بنوده. لكنّ صمت المشرع وعدم تنصيصه على إجراءات محدّدة لا يحول دون اتفاق الطرفين على إدراجها صلب عقد الشغل، كالتنصيص مثلا على أجل للإعلام أو صيغة معينة للإعلام خصوصا وأنّ ذلك لا يتنافى والنظام العام الاجتماعي الذي يميز قانون الشغل. وإذا كانت عبارات الفقرة الأولى من الفصل 14 واضحة بعدم التنصيص على أيّ إجراء عند انتهاء العقد محدّد المدة في أجله، فإنّ الإشكال يطرح في صورة قطع العقد قبل انقضاء أجله، فهل يجب تطبيق الإجراءات المنصوص عليها عند إنهاء عقد الشغل غير محدّد المدة ؟ هل ستكون الإجابة قطعيا بالنفي في ظلّ هذا الفراغ التشريعي ؟

لم يتفادى المشرع الفراغ القانوني الذي طبع النص القديم[370]، ولكن بقراءة متكاملة للفصلين 14 مكرر و14 ثالثا[371]، يتضح أنّ طرفيْ العقد محدد المدة غير ملزمان باحترام أيّ إجراء حتى في صورة إنهاء العقد قبل انقضاء أجله، باعتبار أنّ الإجراءات المنصوص عليها صلب هذين الفصلين لا تنطبق إلاّ على العقد غير محدّد المدة لارتباطها برسالة الإعلام التي دعّمت الإجراءات الواجب احترامها عند إنهاء هذا العقد[372].

ولعلّ ذلك ما يفسّر غياب فقه القضاء حول هذه المسألة[373]. وهو ما يبرز بوضوح هشاشة وضعية الأجير العرضي مقارنة بالأجير القارّ عند إنهاء عقد الشغل، رغم أنّ المشرع كرّس مبدأ المساواة في الأجر بينهما[374]. لكنّ هذه المساواة في التأجير يقابلها تمييز واضح على مستوى الضمانات الممنوحة عند إنهاء العقد[375].

لكنّ المشرع اكتفى بفصل وحيد وهو الفصل 24 من مجلة الشغل لتقنين آثار قطع هذا العقد تعسفيا واقتصر على تغريم المؤجر بدفع مبلغ يساوي أجر ما تبقى من مدة العقد إذا كان العقد محدّدا بأجل ثابت، أو أجر ما تبقى لو وقع إتمام

---

[370] حيث كان الفصل 14 ينصّ قبل تنقيحه بموجب القانون عـدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994، أي عند صدوره بموجب القانون عدد 27 لسنة 1966 المؤرخ في 30 أفريل 1966 المتعلق بإصدار مجلة الشغل والمنشور بالرائد الرسمي عـدد 20 الصادر في 06/03 ماي 1966، أنه " ينتهي عقد الشغل المبرم لأجل معين :

أ- بانتهاء الأجل المتفق عليه أو بإتمام العمل موضوع العقد.

ب- بالفسخ المصرح به من طرف الحاكم في الصور التي يبيّنها القانون.

والعقد المبرم لمدة غير معينة ينتهي بانتهاء المدة المعطاة حسب ما يلي :

أ- شهر واحد بالنسبة للعملة ذوي الأجور الشهرية.

ب- ثمانية أيام بالنسبة لبقية العملة.

وكلّ هذا لا يمسّ بأكثر المقتضيات فائدة مما يتمتع به العمل والناتجة عن شرط قانوني خاص تضمنه اتفاق الطرفين أو الاتفاق المشترك أو تقاليد المهنة.

العقدة ذات المدة المعينة أو غير المعينة تنتهي :

أ~ باتفاق الطرفين.

ب~ عند وقوع الغلطة الفادحة من أحد الطرفين.

ج~ عند تعذر الإنجاز الحاصل إما عن أمر طارئ أو قوة قاهرة حدثت قبل أو أثناء إنجاز العقد أو وفاة العامل."

[371] ينص الفصل 14 مكرر (الذي أضيف بموجب القانون عـدد 29 لسنة 1994) أنه "يتمّ الإعلام بإنهاء عقد الشغل المبرم لمدة غير معينة برسالة مضمونة الوصول توجه إلى الطرف الآخر قبل شهر من إنهاء العقد." والمتمّم بالفصل 14 ثالثا (أضيف كذلك بنفس القانون) الذي اقتضى أنه "يتعيّن على المؤجر الذي يعتزم طرد عامل أن يبيّن أسباب الطرد في رسالة الإعلام بإنهاء العمل"، واللّذيْن وضّحا الفقرة الثانية من الفصل 14 التي نصّت على انتهاء العقد "بانتهاء أجل الإعلام بإنهاء العمل".

[372] " استثناء العقد معين المدة من إجراء الإعلام كان موجودا في الأحكام القديمة لمجلة الشغل لكن بأقل وضوح من الأحكام الجديدة. وهذا الاستثناء منطقي لأنّ كلّ طرف من العقد يعرف مسبقا الأجل المحدّد أو المتوقع لإنهائه خلافا للعقد غير معين المدة الذي لا يخضع لآجال بل لإرادة الطرفين، لذلك وجب على كلّ طرف أراد وضع حدّ له إعلام الطرف الآخر ليتسنّى له أخذ الاحتياطات اللاّزمة : سواء البحث عن شغل بالنسبة للعامل أو البحث عن أجير بالنسبة للمؤجر."، حافظ العموري، " قطع عقد الشغل معين المدة"، المجلة التونسية للقانون الاجتماعي عـــــدد 7، الجمعية التونسية للقانون الاجتماعي، تونس 1995.

Voir MECHRI (F.), Le Droit du Travail en Tunisie, Sud Editions, Tunis, 2009, p 160.

[373] باستثناء حكم شغلي صادر عن دائرة الشغل بقابس تحت عدد 3876 بتاريخ 07 ديسمبر 1994 أورده حافظ العموري في المرجع السابق "قطع عقد الشغل معين المدة"، ورغم أنّ هذا الحكم لا يمكن اعتباره فقه قضاء، إلاّ أنه خيّر التعليق عليه لأنه تعرض لمسألة قطع العقد معين المدة التي قلّما تناولها فقه القضاء ونظرا لغياب قرارات تعقيبية صادرة بعد تنقيح مجلة الشغل في 21 فيفري 1994، وقد جاء في حيثيات هذا الحكم : " وحيث نصّ الفصل 14 ثالثا م.ش أنه يتعين على المؤجر الذي يعتزم طرد عامل أن يبيّن أسباب الطرد في رسالة الإعلام بإنهاء العمل وأنه يعتبر تعسفيا الطرد الواقع دون احترام الإجراءات القانونية والترتيبية أو التعاقدية. وحيث لا يوجد ضمن نص الفصل المذكور ما يفيد استثناء عقود الشغل المبرمة لمدة معينة بل جاء عاما وينبغي تطبيقه على كلّ عقود الشغل بقطع النظر عن طبيعتها ونظرا لما يحتويه من حماية لحقوق الطرفين."

[374] وذلك بموجب الفصل 6-4 الذي أضيف بالقانون عـــــدد 62 لسنة 1996 المؤرخ في 15 جويلية 1996 الذي اقتضى في فقرته الثالثة أنّه "يتقاضى العملة المنتدبون بمقتضى عقود شغل لمدة معينة أجورا أساسية ومنحا لا تقلّ عن الأجور الأساسية والمنح المسندة بمقتضى نصوص ترتيبية أو اتفاقيات مشتركة للعملة القارّين الذين لهم نفس الاختصاص المهني."

[375] "لا يتمتع الأجير القار بنفس الضمانات والحقوق التي يتمتع بها الأجير القار والتي تهدف أساسا إلى تقييد نفوذ المؤجر في ممارسة حق الطرد والإقرار بتعويضات لصالح الأجير نتيجة فقدانه لعمله. هذه الضمانات والحقوق من شأنها أن تجعل المؤجر يتردّد في ممارسة حق الطرد ضدّ الأجير القارّ، في حين أنّ الأجير غير القارّ يبقى معرّضا لفقدان عمله كلّما انتهت مدّة العقد، دون تنبيه مسبق ولا تعويض، و دون أن يكون المؤجر مطالبا بتقديم أيّ تبرير لعدم مواصلة تشغيله... لكن العقد قد ينتهي أيضا قبل انتهاء مدته، ممّا يؤدّي إلى فقدان الأجير لعمله بحيث لا يمكنه مطالبة المؤجر بمواصلة تشغيله حتى إذا كان قطع العقد من جانب هذا الأخير قد تمّ بصفة تعسفية." النوري مزيد، "النظام القانوني لعقود الشغل المبرمة لمدة معينة"، دراسات قانونية عـــدد 10، كلية الحقوق بصفاقس، 2003، ص 36.

العمل المتفق عليه إذا كان العقد محددا بأجل غير ثابت.[376] فالنظام القانوني للتعويض يختلف بين العقد محدد المدة والعقد غير محدد المدة، فإذا كان التعويض عن الطرد التعسفي يعتمد بالأساس على أقدمية العامل في المؤسسة، فإنّ التعويض عن القطع التعسفي لعقد الشغل محدد المدة يقدّر على أساس المدة المتبقية لإنهاء العقد أو لإنجاز العمل المتفق عليه. وقد اعتبر جانب من الفقه[377] أنّ اعتماد هذا المعيار في تقدير غرامة القطع التعسفي لعقد الشغل محدد المدة يتنافى وحقيقة الضرر اللاّحق بالعامل نتيجة إنهاء عقد الشغل بصفة تعسفية من قبل المؤجر ولا يراعي التوازن المنشود في العلاقات الشغلية وهو ما يمكن تبيّنه من خلال مسألتين : الأولى تتعلق بتحديد سقف غرامة القطع التعسفي لعقود الشغل محدد المدة، فحسب الفصل 24 المذكور فإنّ أدنى مبلغ غرامة القطع التعسفي التي يستحقها الأجير هي أجر يوم عمل، وذلك إذا تمّ إنهاء هذا العقد قبل يوم واحد من الأجل المتفق عليه. فيما يكون أقصى مبلغ هذه الغرامة أجر ثلاث سنوات وإحدى عشر شهرا إذا كان العقد مبرما لمدة أربع سنوات[378] وتمّ إنهاؤه خلال الشهر الأول. ويضبط مبلغ الغرامة بصفة حسابية دون أيّ تدخل من القاضي في عملية التقدير، فلا يمكنه الترفيع فيه أو الحطّ منه وإنما يقتصر دوره على القيام بعملية حسابية لضبط مبلغ الغرامة[379]. وتبعا لذلك فإنّ غرامة القطع التعسفي لعقد الشغل محدد المدة يمكن أن تفوق أجر ثلاث سنوات وهو ما يعتبر أمرا غير منطقي حسب هذا الشقّ وذلك مقارنة مع غرامة الطرد التعسفي لعقد الشغل غير محدد المدة التي لا يمكن أن تتجاوز في جميع الحالات أجر ثلاث سنوات[380]. فإذا كان الأجير القارّ الواقع طرده تعسفيا لا يمكنه الحصول على غرامة تفوق أجر ثلاث سنوات، فإنه من باب أوْلى وأحرى أن تكون غرامة القطع التعسفي لعقود الشغل محددة المدة دون ذلك باعتبار أنّ هذه الغرامة تحتسب على أساس ما تبقى من مدة العقد مع أنه بإمكان العامل الحصول على عمل جديد. وهو ما أدّى إلى عزوف المؤجرين عن إبرام عقود شغل ممتدة في الزمن أي في حدود الأربع سنوات، وأصبحت أغلب عقود الشغل تتراوح بين ستة أشهر وسنة وأحيانا تبرم لمدّة أقصر، وهو ما أثّر سلبا على استقرار العلاقات الشغلية التي أصبحت تكتسي طابعا ظرفيا وإن انتدب العامل للقيام بأعمال مستمرة بطبيعتها[381]. أما المسألة الثانية التي دعا لها هذه الشق من الفقه فتتعلق بإدراج قواعد خاصة بغرامة القطع التعسفي لعقد الشغل محدد المدة دون احترام الإجراءات القانونية والتعاقدية، فقد ميّز المشرع بالفصول 14 ثالثا، 23 و 23 مكرر من مجلة الشغل بين غرامة الطرد التعسفي من حيث الأصل لانتفاء السبب الحقيقي والجدّي المبرّر للطرد، وغرامة الطرد التعسفي من حيث الشكل لعدم احترام إجراءات الطرد المتمثلة في

---

[376] اقتضى الفصل 24 جديد (المنقح بالقانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994) أنه "تقدر الغرامة المستحقة عن القطع التعسفي لعقد الشغل المبرم لمدة معينة من طرف المؤجر بمبلغ يساوي أجر ما تبقى من مدة العقد أو أجر ما تبقى لو وقع إتمام العمل." وتجدر الملاحظة أنّ هذا الفصل عند صدور مجلة الشغل سنة 1966 كان ينصّ أنه "الطرد الواقع لهفوة خطيرة أو لضعف مهني أو لقلّة الإنتاج ناشئة عن سوء استعداد ظاهر لا يخوّل المطالبة بالغرامة.
إلاّ أنه لا بدّ من أخذ رأي لجنة التصنيف من قبل في صورة الضعف المهني أو قلة الإنتاج الناشئة عن سوء استعداد ظاهر." والغرامة المقصودة في هذا الفصل هي التي تطرق لها الفصل 23 الذي سبقه الذي نصّ أنّ "القطع التعسفي لعقد الشغل من أحد الطرفين يخوّل المطالبة بغرامة خارجة عن المنحة الناتجة عن عدم مراعاة الإعلام بالطرد أو منحة الطرد المشار إليهما بالفصل السابق.
وجود ومدى الضرر الحاصل من جراء الفسخ التعسفي يعيّنهما الحاكم بناء على العرف وعلى صفة وأقدمية الخدمات وعلى ظروف الأمر الواقع..."
انظر : القرار التعقيبي المدني عـــــدد 7331/2013 الصادر بتاريخ 02 ديسمبر 2013 (غير منشور)
القرار التعقيبي المدني عـــــدد 673/2013 الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 2013 (غير منشور)
ويجدر التذكير هنا بأحكام الفصل 26-2 من مجلة الشغل (الذي أضيف بالقانون عـــدد 62 لسنة 1996 المؤرخ في 15 جويلية 1996) والذي نصّ أنه "يمكن إبرام اتفاق بين المؤجر والعامل يلتزم بمقتضاه هذا الأخير بمواصلة العمل في المؤسسة مقابل انتفاعه بتكوين أو إتقان مهني على نفقة المؤجر وذلك لمدة دنيا متناسبة مع تكاليف هذا التكوين أو الإتقان على أن لا تتجاوز هذه المدة في جميع الحالات أربع سنوات.
وفي صورة عدم احترام العامل لهذا الاتفاق يمكن للمؤجر مطالبته بإرجاع مصاريف التكوين أو الإتقان بقدر يتناسب مع المدة المتبقية من تنفيذ الاتفاق."

[377] عصام الأحمر، إشكالات في نزاعات الشغل الحلول القانونية والاجتهادات القضائية، سيفاد للنشر، تونس 2008، ص 388.

[378] وهي المدة القصوى لعقد الشغل محدد المدة حسب أحكام الفقرة الثانية من الفصل 6-4 من م.ش (الذي أضيف بالقانون عدد 62 لسنة 1996 المؤرخ في 15 جويلية 1996) التي اقتضت أنه "يمكن إبرام عقد الشغل لمدة معينة في غير الحالات المذكورة في الفقرة السابقة بالاتفاق بين المؤجر والعامل على أن لا تتجاوز مدة هذا العقد أربع سنوات بما في ذلك تجديداته..."

[379] الطيب اللّومي، عقد الشغل الفردي والقضاء الشغلي، منشورات حيوني، تونس 1997، ص 180.

[380] وذلك حسب أحكام الفصل 23 مكرر من م.ش (الذي أضيف بالقانون عدد 29 لسنة 1994 المذكور).

[381] "وقد تفطنت أغلب القوانين المقارنة إلى هذه المسألة وتولّت وضع سقف لمبلغ التعويض عن غرامة القطع التعسفي لعقود الشغل محددة المدة، فقد تضمن الفصل 40 من القانون البلجيكي المتعلق بعقود العمل أنّ قطع عقد الشغل محدد المدة بصفة تعسفية من قبل أحد المتعاقدين قبل حلول الأجل المتفق عليه يفتح الحق للطرف المتضرر في التعويض الذي يعادل الأجر عن المدة المتبقية من العقد دون أن يتجاوز مبلغ التعويض ضعف المبلغ المستحق بعنوان منحة عدم مراعاة أجل الإعلام بإنهاء عقد الشغل لو أنّ العقد أبرم لمدة غير محددة. أما بالنسبة إلى قانون العمل بالإمارات العربية المتحدة فقد تضمنت المادة 15 أنه "إذا كان عقد العمل محدد المدة وقام صاحب العمل بفسخه لغير الأسباب المنصوص عليها بالمادة 120 كان ملتزما بتعويض العامل عمّا أصابه من ضرر على أن لا يتجاوز مبلغ التعويض بأيّ حال مجموع الأجر المستحق عن مدة ثلاثة أشهر أو المدة الباقية من العقد أيهما أقصر وذلك كله ما لم يوجد نص ف العقد يقضي بغير ذلك." وتأسيسا على ذلك يكون من الأجدى التفكير في ضبط سقف مبلغ التعويض عن غرامة القطع التعسفي لعقد الشغل محدد المدة على أن لا يتجاوز هذا الحدّ الأقصى أجر ستة أشهر مثلا."عصام الأحمر، إشكالات في نزاعات الشغل، المرجع السابق، ص 389.

إجراءات الإحالة على مجلس التأديب، وذلك رغم ثبوت الهفوة الفادحة في جانب العامل[382]. وفي مقابل ذلك فقد أغفل المشرع عند التعرض إلى غرامة القطع التعسفي لعقود الشغل محددة المدة هذا الصنف من التمييز وجعل غرامة القطع التعسفي لعقد الشغل محدد المدة تخضع إلى نفس المقاييس سواء ارتكب العامل هفوة فادحة أم لا، وتبعا لذلك بمجرد إخلال المؤجر بإجراءات الإحالة على مجلس التأديب فإنه يكون مطالبا بدفع الأجر عن بقية مدة العقد رغم ثبوت الهفوة الفادحة في جانب الأجير.

وتأسيسا على ذلك يتجه ملاءمة الفصل 24 من مجلة الشغل مع أحكام الفصل 23 مكرر وإضافة فقرة ثانية تتضمن كيفية تقدير غرامة القطع التعسفي لعقد الشغل محدد المدة في صورة ثبوت الهفوة الفادحة لكن دون احترام **إجراءات الطرد**[383] .

لكن تجدر الملاحظة أنّ الفصل 24 لم يوضح كيفية احتساب الغرامة في صورة القطع التعسفي من طرف الأجير، فقد اقتصر على تغريم المؤجر فحسب وسكت عن آثار القطع التعسفي من طرف الأجير، رغم أنّ هذا الفراغ التشريعي لا مبرّر له باعتبار أنّ المؤجر يتضرر كذلك من القطع التعسفي للعقد[384]. وعلى هذا الأساس وفي غياب نص خاص صلب مجلة الشغل يحدد غرامة القطع التعسفي لعقد الشغل محدد المدة من طرف الأجير فبإمكان المؤجر اللّجوء إلى القضاء وطلب جبر الضرر اللاّحق به جراء قطع العقد تعسفيا من طرف الأجير وذلك استنادا إلى أحكام مجلة الالتزامات والعقود[385]. وهو ما دفع بعض الفقهاء إلى التساؤل حول مقصد المشرع من منح القاضي الشغلي سلطة تقديرية مطلقة في تقدير التعويض في هذه الصورة[386]، لا سيما وأنّ سياسة التسقيف التي فرضها صلب تنقيح 1994 ترمي إلى تقييد نفوذ القاضي في تحديد التعويضات الناجمة عن الطرد أي في صورة القطع التعسفي لعقد الشغل غير محدد المدة من طرف المؤجر.

---

[382] فقد اقتضى الفصل 23 مكرر م.ش الذي أضيف بموجب القانون عـــدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 أنهّ "يقع جبر الضرر في حالة الطرد التعسفي بغرامة يتراوح مقدارها بين أجر شهر وأجر شهرين عن كلّ سنة أقدمية بالمؤسسة على أن لا تتجاوز هذه الغرامة في جميع الحالات أجر ثلاث سنوات... غير أنه في الحالة التي يتبيّن فيها أنّ الطرد وقع لوجود سبب حقيقي وجدّي ولكن دون احترام الإجراءات القانونية أو التعاقدية فإنّ مقدار الغرامة يتراوح بين أجر شهر وأجر أربعة أشهر..."

[383] عصام الأحمر، إشكالات في نزاعات الشغل، المرجع السابق، ص 390. لكنّ هذا الرأي على وجاهته لا يسلم من النقد باعتبار أنّ الطرد هو ممارسة لحق الإنهاء أحادي الجانب لعقد الشغل غير محدد المدة من طرف المؤجر ولا يمكن سحبه على عقد الشغل محدد المدةحيث استعمل المشرع مصطلحيْ انتهاء (الفصل 14) والقطع (الفصل 24)، فكان أولى استبدال مصطلح إجراءات الطرد بالإجراءات التأديبية. أما عن وجاهة هذا الرأي فهي مستمدة أساسا من أحكام الفصل 37 من الاتفاقية الإطارية المشتركة الذي اقتضى أنّ "فداحة الهفوة يقع تقديرها بالنظر للظروف التي وقع فيها ارتكابها ولنوع الوظيف الذي يشغله العامل المرتكب للخطإ..." فعبارة العامل وردت مطلقة وبالتالي تجري على إطلاقها فهي لم تميز بين العامل القار المرتبط بعقد شغل غير محدد المدة والعامل العرضي المرتبط بعقد شغل محدد المدة وعليه فلا يجوز التمييز فيما لم يميز فيه القانون. وهو ما عزّزه الفصل 38 الذي يليه الذي نصّ أنّ "اللجنة المتعادلة المنتصبة بصفة مجلس تأديب تقترح في مادة التأديب عقوبات بالنسبة لجملةالعملة طبق الظروف المنصوص عليها بالفصل 37 من هذه الاتفاقية..." وقد نصّت بعض الاتفاقيات المشتركة القطاعية صراحة على المساواة بين الأجير القارّ والأجير العرضي في الإجراءات التأديبية من ذلك الفصل 1 مكرر (جديد) : عقد الشغل لمدة معينة من الاتفاقية المشتركة القطاعية للنسيج / الاتفاقية المشتركة القطاعية لصناعة الملابس المنسوجة والجاهزة، المنقحتيْن بالملحق التعديلي عـــدد 10 الممضى بتاريخ 28 جانفي 2009 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 17 فيفري 2009 والصادر بالرائد الرائد الرسمي عـــدد 16 المؤرخ في 24 فيفري 2009، الذي اقتضى صلب فقرته الأخيرة أنّه "يتقاضى العملة المنتدبون بمقتضى عقود شغل لمدة معينة أجورا أساسية ومنحا لا تقلّ عن الأجور الأساسية والمنح المسندة بمقتضى نصوص ترتيبية أو هذه الاتفاقية المشتركة للعملة القارّين الذين لهم نفس الاختصاص المهني. يتمتع هؤلاء العمال بنفس الحقوق التي يتمتع بها الأجراء القارّون ... كما يخضعون إلى نفس التراتيب التأديبية." وكذلك الفصل 29 (جديد) : التأديب (العملة القارّون والوقتيون) من الاتفاقية المشتركة القطاعية لأعوان مؤسسات الحراسة والسلامة ونقل العملة، المنقح بالملحق التعديلي عـــدد 1 الممضى بتاريخ 11 جوان 1993 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 2 أوت 1993 والصادر بالرائد الرسمي عـــدد 59 المؤرخ في 10 أوت 1993 / الفصل 37 : مشمولات مجلس التأديب من الاتفاقية المشتركة القطاعية لصناعة مواد التنظيف ومبيدات الحشرات الممضاة بتاريخ 18 فيفري 1977 والمصادق عليها بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 6 جوان 1977 والمنشورة بالرائد الرسمي عـــدد 40 المؤرخ في 10 جوان 1977 والذي نصّ أنه "في مادة التأديب تقترح اللّجنة الاستشارية للمؤسسة المنعقدة كمجلس تأديب عقوبات ضدّ كافة الأعوان." وهو ما تضمنه كذلك الفصل 12 : مشمولات نظر مجلس التأديب من الاتفاقية المشتركة القطاعية للمصابغ ومعامل التنظيف الممضاة بتاريخ 2 جويلية 1976 والمصادق عليها بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 11 نوفمبر 1976 والمنشورة بالرائد الرسمي عـــدد 81 المؤرخ في 24 ديسمبر 1976.

[384] وقد اقتضى الفصل 26 من مجلة الشغل أنه "يعتبر المؤجر الجديد متضامنا في المسؤولية مع العامل-الذي قطع بصفة تعسفية العمل بعقد الشغل والذي عرض من جديد خدماته- عن الضرر الملحق بالمؤجر السابق في صورة علمه بأنّ هذا العامل كان عاملا عند الأول." وباعتبار أنّ عبارة عقد الشغل وردت مطلقة فتجري على إطلاقها لتشمل عقد الشغل محدد المدة وعقد الشغل غير محدد المدة.

[385] يراجع في هذا الإطار : حافظ العموري، مدخل لقانون الشغل، محاضرات لطلبة السنة الثانية ماجستير مهني في قانون الشغل والحماية الاجتماعية، المعهد الوطني للشغل والدراسات الاجتماعية بتونس، السنة الجامعية 2014/2013، ص 34.
المنجي طرشونة والنوري مزيد، مجلة الشغل معلق عليها، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس، 2002، ص 112.
عصام الأحمر، إشكالات في نزاعات الشغل الحلول القانونية والاجتهادات القضائية، سيفاد للنشر، تونس 2008، ص 392.

[386] حافظ العموري، "قطع عقد الشغل معين المدة"، المرجع السابق، ص 81.

بعد استجلاء مظاهر المرونة في ضبط الأسباب الخاصة بانتهاء عقد الشغل محدد المدة، سنحاول الوقوف عند مظاهر الشدة والتضييق في تحديد الأسباب الخاصة بانتهاء عقد الشغل غير محدد المدة.

II- توجه تشريعي نحو التضييق في تحديد الأسباب الخاصة بانتهاء عقد الشغل غير محدد المدة

اقتضى الفصل **14** من مجلة الشغل في فقرته **الثانية** أنّ "**العقد المبرم لمدة غير معينة ينتهي بانتهاء أجل الإعلام بإنهاء العمل**". فأهم ما يميّز عقد الشغل المبرم لمدة غير معينة هو حق كلّ طرف في إنهائه بإرادته المنفردة وذلك بعد إعلام الطرف الآخر[387]. فينتهي العقد بانتهاء أجل الإعلام بإنهائه من طرف المؤجر فيكيف الإنهاء بالطرد (أ) أو من طرف الأجير فيكيف بالاستقالة (ب)

أ- انتهاء العقد بانتهاء أجل الإعلام بالطرد : من التقنين إلى التقييد

لقد سوّت مجلة الشغل في الفصل 14 كيفما تمّ تنقيحه سنة 1994 بين الأجير والمؤجر في تمكينهما من حق الإنهاء أحادي الجانب لعقد الشغل غير محدد المدة[388]. إلاّ أنّ هذه النظرة المدنية للعلاقة الشغلية القائمة على مبدإ المساواة بين الطرفين المتعاقدين تخالف حقيقة وواقع العلاقات الشغلية غير المتكافئة[389]، لذلك أقرّ المشرع لفائدة المؤجر حق إنهاء العقد بإرادته المنفردة دون أن يكرسه بصفة مطلقة وإنما قيّده بشروط أصلية وأخرى إجرائية. بالنسبة للشروط الأصلية فتتمثل في اشتراط توفر سبب حقيقي وجدّي مبرر للطرد[390]، والذي يعتبر من أهمّ ما جاء به تنقيح مجلة الشغل لسنة 1994، دون

---

[387] اقتضى الفصل 14 مكرر في فقرته الأولى أنه "يتمّ الإعلام بإنهاء عقد الشغل المبرم لمدة غير معينة برسالة مضمونة الوصول توجه إلى الطرف الآخر قبل شهر من إنهاء العقد." والشهر يعتبر ثلاثين يوما كاملة حسب الفصل 141 من مجلة الالتزامات والعقود. والإعلام الكتابي في شكل رسالة مضمونة الوصول من شأنه أن يلعب دورا هاما من حيث معرفة الطرف المبادر بالإنهاء وعلى مستوى إثبات إنهاء عقد الشغل، فهذا الإجراء وإن بدا شكليا فهو ذو أهمية بالغة، إذ يمكّن الأجير من وسيلة لإثبات طرده ويضع حدّا للطرد الشفاهي وإنكار المؤجر قيامه بذلك. هذا فيما يتعلّق بشكل الإعلام، أما عن أجله فقد فرض المشرع أن يتمّ الإعلام قبل شهر من إنهاء عقد الشغل، لكنه لم يحدّد بدقة بداية سريان أجل الإعلام، إذ اقتصر على تحديد هذا الأجل بشهر قبل إنهاء العقد، فهل يبتدئ سريان هذا الأجل ابتداءً من تاريخ الإعلان عن الإرادة في إنهاء العقد أم من تاريخ العلم بها؟ أي هل ينطلق أجل الإعلام من تاريخ إرسال الرسالة مضمونة الوصول أو من تاريخ وصولها إلى الطرف الآخر؟ انقسم الفقه حول هذا المسألة، بين من اعتبر أنه في غياب نص خاص صلب مجلة الشغل، يتعيّن الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالتصرفات القانونية من جانب واحد، وتحديدا الفصل 22 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يأخذ بنظرية الإعلان عن الإرادة بشرط وصول هذا الإعلان للطرف الموجه إليه قبل انقضاء الأجل حيث نصّ أنه "إذا كان الالتزام من طرف واحد لزم صاحبه من وقت بلوغ العلم به للملتزم به." وعليه يمكن القول أنّ سريان الأجل القانوني للإعلام يبتدئ من تاريخ وصول الرسالة إلى الطرف الموجهة إليه ويأخذ وصول الرسالة حكم العلم بها. وبين من اعتبر أنّه يقع يقع احتساب أجل الإعلام من حيث بدايته من اليوم الموالي لتاريخ توجيهه وذلك تطبيقا للفصل 140 من مجلة الالتزامات والعقود الذي نصّ أنّ يوم ابتداء عدّ مدة الأجل لا يكون معدودا منه." أي أنّ بداية احتساب الأجل تكون من اليوم الوالي لتوجيه الرسالة مضمونة الوصول لأنّ الفصل 14 مكرر ذكر التوجيه ولم يذكر التبليغ. يراجع :المنجي طرشونة، "القانون الجديد للطرد"، ندوة حول الجديد في تنقيح مجلة الشغل، الجمعية التونسية للمحامين الشبان بالتعاون مع مؤسسة فريدريش إيبارت، تونس، 29 أفريل 1994، ص 52 / الطيب اللومي، عقد الشغل الفردي والقضاء الشغلي من خلال مجلة الشغل ومجلة الشغل البحري، منشورات حيوني، تونس، 1996، ص 174. وتجدر الإشارة أنّ الاتفاقية المشتركة القطاعية للمصابغ ومعامل التنظيف حسمت المسألة من خلال الفصل 55 (جديد) : أجل الإعلام بإنهاء العمل (الذي نقح بالملحق التعديلي عـــدد 1 الممضى بتاريخ 8 مارس 1983 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 28 أفريل 1983 والصادر بالرائد الرسمي عـــدد 41 المؤرخ في 31 ماي و3 جوان 1983) الذي اقتضى أنه "في صورة قطع عقد الشغل بعد انتهاء فترة الاختبار يكون أجل الإعلام بإنهاء العمل المخوّل للطرفين باستثناء صورة الخطإ الفادح أو قوة قاهرة كما يلي : أ~ 15 يوما بالنسبة للأجراء الخاصين بالساعة.
ب~ شهرا أي 30 يوما كاملة بالنسبة للأعوان الخالصين بالشهر.
يجب الإعلام عن التنبيه المسبق إما بتوجيه رسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالبلوغ أو بتسليم رسالة مباشرة للمعني بالأمر مقابل وصل أو أمام شاهد عيان. ويبدأ سريان مفعول التنبيه المسبق بداية من تاريخ تقديم الرسالة مضمونة الوصول أو تسليمها المباشر إلى الشغال."

[388] « Bien que nommés indéterminés, le contrat de travail à durée indéterminée est incessamment menacé d'extinction par la faculté de résiliation unilatérale », SAFI (A.), Les relations individuelles de travail, op.cit, p 61.
يراجع في نفس الإطار: HADIJI (R.), La faculté de rupture unilatérale du contrat du travail à durée indéterminée : Essai critique, Mémoire pour l'obtention du Diplôme des Etudes Approfondies en Droit Privé Général, Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Tunis,1986 / محمد عطاء الله، إنهاء عقد الشغل غير محدد المدة من جانب واحد، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في قانون الشغل، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1996 / MALLEK (K.), Licenciement et résiliation unilatérale, Mémoire pour l'obtention du Mastère en Droit Social, Faculté de Droit de Sfax, 2007./ CHIREZ (A.) et CHIREZ (E.), «Egalité des armes et pouvoir de licencier », Le Droit Ouvrier, N°788, Paris, Mars 2014, p 163.

[389] فاخر بن سالم، محاضرات في قانون الشغل، المرجع السابق، ص 24.

[390] ينص الفصل 14 ثالثا الذي أضيف بالقانون عـــدد 29 لسنة 1994 أنه " يتعيّن على المؤجر الذي يعتزم طرد عامل أن يبيّن أسباب الطرد في رسالة الإعلام بإنهاء العمل.

أن يعطي تعريفا له[391]. والسبب الحقيقي هو سبب موضوعي يتصل بشخص العامل أو كفاءته أو بتنظيم المؤسسة[392]، ويعتبر الفقه أنّ السبب الحقيقي هو سبب غير كاذب وغير مفتعل وهو سبب صحيح يمكن إثباته ماديا وتقديم دليل ملموس على وجوده[393]، فالصبغة الحقيقة للسبب تتكوّن من عنصرين أساسيين وهما وجود السبب وصحته. ويمثل وجود السبب العنصر المادي للسبب الحقيقي، فلا يعتبر السبب حقيقيا إلاّ إذا كان موجودا بالفعل وقائما على عناصر مادية يمكن للقاضي مراقبتها للتأكد من وجودها[394]. وضرورة الوجود الفعلي للسبب هي التي تفسّر اشتراط الفصل 14 ثالثا من مجلة الشغل أن يبيّن المؤجر أسباب الطرد في رسالة الإعلام بإنهاء العمل حتى يتسنى للقاضي تقدير مدى توفر الصبغة الحقيقة لهذا السبب[395]. إلاّ أنه لا يمكن للقاضي تقدير مدى وجود الصبغة الحقيقية للأسباب التي استند عليها المؤجر إلاّ إذا كانت هذه الأسباب دقيقة[396]. فالسبب الحقيقي هو السبب الموجود والسبب الموجود هو السبب الفعلي والسبب الفعلي هو السبب الموضوعي والسبب الموضوعي هو السبب الدقيق والسبب الدقيق هو السبب الذي يسهل تقديره والتثبت منه على أساس وقائع وعناصر مادية ملموسة[397]. ولا يكفي أن يكون السبب الحقيقي موجودا بل يجب كذلك أن يكون صحيحا وتمثل صحة السبب العنصر المعنوي أو النفسي للسبب الحقيقي، وهو أن يكون الدافع الأصلي أي السبب الذي لولاه لما أقدم المؤجر على الطرد. فلا يجب أن يكون السبب مغلوطا أو صوريا يخفي وراءه الدافع الحقيقي لطرد الأجير، أي يخفي دافعا في نفس المؤجر لا يريد الإفصاح عنه، كأن يبرّر المؤجر طرده للعاملة بضعفها المهني، في حين أنّ السبب الحقيقي يكمن في عدم استجابتها لرغباته اللاّأخلاقية. أو إذا استند المؤجر لتبرير الطرد إلى تغيّب العامل عن عمله بدون رخصة، ودفع العامل هذا السبب دون إنكار واقعة التغيّب بالصورية، مستندا إلى أنّ الدافع الحقيقي للطرد هو انتماؤه النقابي. وقد عرّف أحد الفقهاء السبب الصحيح بأنه السبب الذي لا يتغيّر بتغيّر الأزمنة بحيث لا يمكن للمؤجر أن يدّعي أسبابا مختلفة للطرد[398]. ويشترط الفصل 14 ثالثا أن يكون سبب الطرد جدّيا كذلك. وفي غياب تعريف تشريعي له، يعرّف الفقه السبب الجدّي بأنه السبب الذي يتّسم بقدر من الجسامة ويتّصف بقدر من الخطورة تستحيل معه مواصلة العلاقة الشغلية دون إلحاق ضرر بالمؤسسة[399]، فلا يكون السبب جدّيا إلاّ إذا مثّل خطرا على مصلحة المؤسسة، بحيث يصبح معه الطرد ضروريا لحماية هذه المصلحة. ويوجب الفقه شرطيْن لتوفر جدّية السبب : أوّلا : أن تكون الأفعال المنسوبة مرتبطة بالنشاط المهني

ويعتبر تعسفيا الطرد الواقع دون وجود سبب حقيقي وجدّي يبرّره..." فصياغة هذا الفصل لا تترك أيّ شكّ حول ضرورة الجمع بين الصبغة الحقيقة والصبغة الجدية لسبب الطرد بحيث يكون هذا الطرد تعسفيا إذا كان السبب غير حقيقي وغير جدّي، ويكون كذلك إذا كان هذا السبب حقيقيا ولكنه غير جدّي كالخطإ البسيط الثابت، ويكون تعسفيا أيضا إذا كان السبب جدّيا ولكنه غير حقيقي كالخطإ الفادح الذي لم يقع إثبات نسبته للأجير.

[391] وقد أثار هذا المفهوم جدلا قضائيا عميقا بفرنسا إثر إدراجه بقانون 13 جويلية 1973 لعدم توصل فقه القضاء الفرنسي إلى تعريف موحد وشامل، لكنّ المشرع التونسي لم يتدارك تلك الثغرة بل اكتفى بإدارج مفهوم السبب الحقيقي والجدي دون أن يقدم تعريفا تشريعيا له.

[392]" Une cause réelle est une cause objective indépendante de la bonne ou mauvaise humeur de l'employeur." FOURNIER (B.)" Les licenciements pour motifs économiques", éd D, 1976, p 204.

[393] فاخر بن سالم، محاضرات في قانون الشغل، المرجع السابق، ص 24.

[394] النوري مزيد والمنجي طرشونة، مجلة الشغل، المرجع المذكور، ص 67.

[395]يراجع: TARCHOUNA (M.), Droit Social, Cours destiné aux étudiants de 3ème année Licence Fondamentale en Droit Privé, Faculté de Droit et des Sciences Economiques et Politiques de Sousse, année universitaire 2012/2013, p 111. / p 64.SAFI (A.), Les relations individuelles, op.cit: / حافظ العموري، "عقد الشغل من خلال تنقيح فيفري 1994"، المرجع السابق، ص 16./ النوري مزيد، محاضرات في قانون الشغل، المرجع السابق، ص 86. / الصادق العابد، خواطر قانونية في المادة الشغلية، دار الميزان للنشر، تونس،2007، ص89.

[396] يراجع في هذا الإطار: حنان تريمش، السبب الحقيقي والجدّي للطرد في القانون التونسي، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية بسوسة، 1999 / جوهر عبدولي، حماية الأجير من خلال مراقبة عملية الطرد، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بصفاقس، 2005 / نسرين البلاّلي، دور القاضي في النزاعات الشغلية بعد تنقيح مجلة الشغل لسنة 1994، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2008 / وليد سالم، النزعة الحمائية لقانون الشغل في مجال الطرد من العمل، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كليةالحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2008 / نعيمة بلمبروك، السبب الحقيقي والجدي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2010.

[397]المنجي طرشونة، "القانون الجديد للطرد "، المرجع السابق، ص 54.

[398]FOURNIER (B.), " Les licenciements pour motifs économiques", op.cit, p 202.

[399] وقد عرّفه وزير العمل الفرنسي بأنه " السبب الذي يكتسي خطورة خاصة تجعل من المستحيل مواصلة العمل دون إلحاق ضرر بالمؤسسة ممّا يستوجب الطرد " Une cause sérieuse est une cause revêtant une certaine gravité qui rend impossible sans dommages pour l'entreprise la : continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement. " cité par CAMERLYNK (G.H) et LYON-CAEN (G.), Droit du travail, éd D, 2ème éd, 1980, p 179.

Voir SAFI (A.), Les relations individuelles de travail, op.cit, p 65.

للعامل[400]، ثانيا : أن تكون الأفعال المنسوبة للعمل من شأنها أن تجعل مواصلة العمل مستحيلة[401]. ويقع التمييز بين الأسباب الجدّية الشخصية التي تتعلق بشخص العامل وبين الأسباب الاقتصادية والفنية المتعلقة بوضعية المؤسسة. فبالنسبة للسبب الشخصي، يمكن أن يجد الطرد سببه الجدّي في واقعة معينة تتعلق بسلوك العامل وهي الخطأ الفادح، أو بوضعيته الشخصية خارج نطاق الخطإ كالمرض[402].

فإذا كان المشرع لم يقدم تعريفا للسبب الحقيقي والجدّي المبرّر للطرد ولم يحصر قائمة لهذه الأسباب، فإنه حرص صلب الفصل 14 رابعا على التأكيد أنّ الخطأ الفادح هو من الأسباب الحقيقية والجدّية التي تبرّرطردالأجير دون أن يقدم تعريفا له[403]. وقد عرّفه فقه القضاء بأنه الخطأ الذي يؤدي إلى زعزعة الثقة المتبادلة بين الطرفين يستحيل معها مواصلة العلاقة التعاقدية[404].

---

[400]يراجع : زكية الصافي، قانون الشغل، عقد الشغل، المرجع المذكور، ص 101 / PELISSIER (J.), SUPIOT (A.) et JEAMMAUD (A.), Droit du travail, éd D, 20ème éd, 2000, p 460. / SAFI (A.), Les relations individuelles de travail, op.cit, p 65.

[401]VERDIER (J.M), COEURET (A.) et SOURIAC (M.A), Droit du travail, éd D, 2ème éd, 1980, 179.

[402] باعتباره من الأسباب الصحية التي يمكن للمؤجر أن يستند عليها لطرد الأجير، إضافة إلى الطرد بسبب الحمل أو الولادة فحسب أحكام الفقرة الثانية من الفصل 20 من مجلة الشغل "وقف العمل من المرأة طيلة المدة التي تسبق الولادة وتليها لا يمكن أن يكون موجبا لقطع عقدة الشغل من طرف المؤجر. وإلاّ فيحقّ للمرأة أن تطالب بغرم الضرر. ويتعين على هذه الأخيرة أن تعلم المؤجر بسبب تغيبها. وفي صورة ما إذا امتدّ تغيب المرأة الناتج عن مرض يثبت ببطاقة طبية أنه ناتج عن الحمل أو الولادة ويجعل المرأة عاجزة عن استئناف نشاطها إلى ما بعد الأجل المضبوط بالفصل 64 من هذه المجلة بدون أن يفوق ذلك التغيب اثني عشر أسبوعا لا يجوز للمؤجر أن يفصل المرأة عن العمل أثناء هذا التغيب." وقد حدّد الفصل 64 عطلة الراحة بمناسبة الولادة بثلاثين يوم مع إمكانية تمديدها مرتين بما قدره خمسة عشر يوما في كلّ مرة إذا وقع تبرير ذلك بشهادة طبية. من الأسباب الشخصية كذلك التي يمكن للمؤجر أن يستند عليها لطرد الأجير الأسباب المتعلقة بممارسة الحقوق، كممارسة الحقوق النقابية وحق الإضراب أو الأسباب المتعلقة بأداء الواجبات كأداء الواجب العسكري أو الأسباب المتعلقة بالحياة الخاصة للأجير كتغيب العامل بسبب التتبعات الجزائية... يراجع : المنجي طرشونة، "الطرد لأسباب شخصية في القانون وفي فقه القضاء"، مجلة القضاء والتشريع عـــــدد 7، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، جويلية 2008، ص31 /هندة الخراز، الإضراب في قانون الشغل، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2001 / OUNI (A.), Le licenciement du salarié pour motif personnel, Mémoire pour l'obtention du Mastère en Droit Social, Faculté de Droit de Sfax, 2009 / SNOUSSI (A.), Les incidences des poursuites pénales sur le contrat du travail, Mémoire pour l'obtention du Diplôme des Etudes Approfondies en Droit des Affaires, Faculté de Droit et des Sciences Economiques et Politiques de Sousse,1998. / سمر بن يونس، التتبع الجزائي للأجير، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2005 / النوري مزيد، "آثار التتبع الجزائي ضدّ الأجير على العلاقة الشغلية، مجلة دراسات قانونية عـــــدد 5، كلية الحقوق بصفاقس، 2005، ص125.

LE BOURGEOIS (P.), «Licenciement en violation de la protection de la maternité : la réintégration s'impose ! » Le Droit Ouvrier N°783, La Confédération Générale du Travail, Paris, Octobre 2013, p 672.

انظر : القرار التعقيبي المدني عـــدد 4915/2013 الصادر بتاريخ 20 جانفي 2014 (غير منشور)

القرار التعقيبي المدني عـــدد 81609/2012 الصادر بتاريخ 24 جانفي 2014 (غير منشور)

القرار التعقيبي المدني عـــدد 7865/2013 الصادر بتاريخ 31 جانفي 2014 (غير منشور)

Voir Cass.sociale n°12-21.179 du 15 janvier 2014, Le Droit Ouvrier n°788, La Confédération Générale du Travail, mars 2014, p 512.

[403] إذ نصّ أنه " يعتبر الخطأ الفادح من الأسباب الحقيقة والجدّية التي تبرّر الطرد.

يمكن أن تعتبر بالخصوص الحالات التالية أخطاء فادحة وذلك حسب الظروف التي وقع فيها ارتكابها :

1) العمل أو التقصير المتعمد الذي من شأنه أن يعرقل سير النشاط العادي للمؤسسة أو يلحق ضررا بمكاسبها.
2) التخفيض في حجم الإنتاج أو نوعيته الناتج عن سوء استعداد ظاهر.
3) عدم الامتثال للقواعد المتعلقة بحفظ الصحة والسلامة أثناء العمل أو عدم أخذ العامل ما يلزم من التدابير لتحقيق سلامة العملة المسؤول عنهم أو لصيانة الأشياء المناطة بعهدته.
4) الامتناع غير المبرّر عن تنفيذ الأوامر المتعلقة بالعمل والصادرة بصفة قطعية عن الهيئات المختصة بالمؤسسة التي تشغل العامل أو عن رئيسه.
5) الحصول على منافع مادية وقبول مزايا لهم علاقة بسير المؤسسة أو على حسابها، وذلك بصفة غير شرعية.
6) السرقة أو استعمال العامل لمصلحته الخاصة أو لمصلحة الغير للأموال أو القيم أو الأشياء التي اؤتمن عليها بسبب مركز العمل الذي يشغله.
7) الحضور للعمل في حالة سكر واضح أو تناول المشروبات الكحولية أثناء مدة العمل.
8) الغياب عن العمل أو ترك مركز العمل بصورة ثابتة وغير مبرّرة ودون ترخيص سابق من المؤجر أو ممّن ينوبه.
9) قيام العامل أثناء عمله أو بمكان العمل بأعمال عنف أو تهديد وقعت معاينتها وذلك ضدّ كلّ شخص تابع أو غير تابع للمؤسسة.
10) إفشاء سرّ مهني من أسرار المؤسسة في غير الحالات المسموح بها بالقانون.
11) الامتناع بصورة ثابتة عن مدّ يد المساعدة في حالة خطر محدق بالمؤسسة أو بالأشخاص المتواجدين بها."

[404] القرار التعقيبي المدني عـــدد 68467/2011 مؤرخ في 11 ديسمبر 2012 (غير منشور).

القرار التعقيبي المدني عـــــدد 5986/2013 مؤرخ في 20 ديسمبر 2013 (غير منشور).

Cass.sociale n°11-28.749 du 15 mai 2013, Le Droit Ouvrier n°788, La Confédération Générale du Travail, mars 2014, p 512.

ويتبيّن من خلال الفصل المذكور أنّ الخطأ الذي يعتبر سببا حقيقيا وجدّيا للطرد هو الخطأ الفادح دون الخطإ البسيط أو اليسير[405]. وقد حدّد هذا الفصل قائمة ذكرية فحسب للأخطاء الفادحة بتوظيف عبارة "بالخصوص". ويتميّز الخطأ في العلاقة الشغلية بتنوعه من حيث طبيعته، إذ يمكن أن يكتسي هذا الخطأ صبغة تأديبية أو عقدية أو مهنية أو جزائية[406]. واقتضى هذا الفصل أنه تعتبر أخطاء فادحة "**حسب الظروف التي وقع فيها ارتكابها**"، وُيستنتجمنشموليةهذاالعبارةأنهللقاضي سلطة تقديرية واسعة لتكييف الخطإ بالاعتماد على كلّ الظروف سواء منها الظروف الموضوعية المتعلقة بالعمل، أو الذاتية المتعلقة بشخص العامل وبوضعيته المهنية، بحيث يكون الخطأ الفادح مفهوما نسبيا يقدّره القاضي حسب ظروف وملابسات كلّ حالة معروضة عليه[407]. وقد استقرّ فقه القضاء على مبدإ أساسي وهو مبدأ التناسب بين درجة الخطإوالطرد كعقوبة تأديبية فلا يعاقب العامل بأقصى مراتب الجزاء لهفوة غير خطيرة[408]. أمّا المرض فلا يعتبر حسب الفصل 20 من مجلة الشغل سببا لقطع العقد إلاّ إذا كان بالغ الخطورة ومعالجته طويلة، وكانت مصلحة المؤسسة تقتضي تعويض الأجير المريض[409]. ويقصد بخطورة المرض مدى انعكاساته السلبية على مؤهلات الأجير المهنية وقدرته على العمل، فالمعيار هنا موضوعي وليس ذاتيا، بحيث يعتبر المرض خطيرا لا على شخص العامل وإنما على قدرته المهنية، فلا يكفي أن يكون المرض خطيرا ومزمنا، وإنما يجب كذلك أن تكون ضرورة سير العمل هي التي فرضت غلى المؤجر تعويض الأجير المريض. ولم يوضح المشرع متى تكون معالجة المرض طويلة ولم يحدّد مدّة معيّنة، فتبقى مسألة نسبية تخضع لتقدير طبيب الشغل ومدى تأثير التغيّب على المؤسسة وعلى حسن سيرها[410]. وقد وضعت الاتفاقية الإطارية المشتركة صلب فصلها 34 إجراءات إنهاء عقد الشغل بسبب المرض[411]، وأقرّت وجوبية عرض الأجير على الفحص

---

405 " يصنّف الخطأ في قانون الشغل بصفة عامة إلى ثلاث درجات : الخطأ البسيط أو اليسير الذي لا يبرّر طرد العامل، والخطأ الفادح الذي يعتبره الفصل 14 رابعا سببا حقيقيا وجدّيا مبرّرا للطرد، والخطأ الجسيم الذي يعتبر أكثر خطورة من الخطإ الفادح. ونلاحظ أنّ المشرع يميّز في النصّ الفرنسي بين الخطإ الفادح والخطإ الجسيم حيث يستعمل هذا المصطلح في الفصلين 120 و128 من م.ش." النوري مزيد والمنجي طرشونة، مجلة الشغل، المرجع السابق، ص 71.

SAFI (A.), Les relations individuelles de travail, op.cit, p 68/69.Pour plus de détail voir :

406 الخطأ التأديبي هو إخلال بنظام العمل داخل المؤسسة وبقواعد السلوك المهني، أما الخطأ العقدي فهو إخلال بالالتزامات العقدية الذي يتمثل في عدم التنفيذ الكلّي أو الجزئي أو في التنفيذ المعيب للالتزامات. كما توجد أخطاء لها في نفس الوقت صبغة جزائية وتأديبية كالسرقة أو خيانة المؤتمن، وقد أكّد فقه القضاء على استقلالية الخطإ التأديبي عن الخطإ الجزائي (انظر القرار التعقيبي المدني الصادر عن الدوائر المجتمعة عـــــدد 50234 مؤرخ في 29 فيفري 1996، قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1996/1995 ص46 / القرار التعقيبي المدني عـــــــدد 22149/2007 مؤرخ في 2008/07/12 غير منشور).يراجع النوري مزيد والمنجي طرشونة، مجلة الشغل، المرجع السابق، ص 72. وعلى هذا الأساس فإنّ انتفاء المسؤولية الجزائية لا يترتب عنه بالضرورة انتفاء مؤاخذة الأجير على المستوى التأديبي، كما أنّ مؤاخذة الأجير تأديبيا إثر ارتكابه لهفوة تشكل في نفس الوقت جريمة لا تستوجب بالضرورة إحالته على المحكمة وإدانته جزائيا. يراجع الصادق العابد، " استقلالية الخطإ التأديبي عن الخطإ الجزائي في المادة الشغلية"، مجلة الأخبار القانونية عـــــــدد 9/8، سبتمبر 2006، ص20 / أحمد النوري، طرد الأجير لأسباب تأديبية، مذكرة للإحراز على شهادة الماجستير في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق بصفاقس، 2013.

407 القرار التعقيبي المدني عـــــدد 9687/2013 المؤرخ في 23 جانفي 2014 (غير منشور)

القرار التعقيبي المدني عـــدد 2837/2013 المؤرخ في 18 فيفري 2014 (غير منشور)

يراجع في نفس الإطار : ELLEUCH (S.), La faute cause de licenciement, Mémoire pour l'obtention du Diplôme des Etudes Approfondies en Droit Privé Général, Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Tunis, 1984 / Ben Sghahaier (F.), La gamme des fautes en droit du travail, Mémoire pour l'obtention du Diplôme des Etudes Approfondies en Droit des Affaires, Faculté de Droit et des Sciences Economiques et Politiques de Sousse, 1999. / TLILI (H.), La faute tant que cause réelle et sérieuse du licenciement, Mémoire de Mastère en Droit Social, Faculté de Droit de Sfax, 2010. / SOUISSI (S.), « La notion de la faute grave dans le code du travail, Revue de la Jurisprudence et de la Législation n°6, Centre d'Etudes Juridiques et Judiciaires, Tunis, Juin 2008, p 23.

408 يراجع في هذا الإطار : النوري مزيد، القاضي وقانون الشغل، محاولة تحليلية لدور القاضي في النزاعات الشغلية، منشورات رؤوف يعيش، 2002، ص 41 / عصام الأحمر، " المراقبة القضائية للطرد "، م.ق.ت عـــــدد 4، أفريل 2007، ص 53 / فريدة العبيدي، السلطة التأديبية للمؤجر، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1996 / سندس المجيلسي، تناسب العقوبة التأديبية مع خطورة المخالفة في قانون الشغل، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الشغل، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2007.

409 إذ اقتضى أنه " يوقف المرض عقد الشغل ولا يعتبر سبب وقف له إلاّ إذا كان بالغ الخطورة ومعالجته طويلة وإذا كانت حاجيات المصلحة تفرض على المؤجر تعويض العامل المريض.

يراجع : التيجاني اللوز، مرض الأجير، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1994 / BEN ABDESSLEM (K.), La maladie du salarié, Mémoire pour l'obtention du Mastère en Droit Social, Faculté de Droit de Sfax, 2010./ VERICEL (M.), « Inaptitude et rupture du contrat de travail : un régime vraiment protecteur du salarié ? », Le Droit Ouvrier N°780, La Confédération Générale du Travail, Paris, Juillet 2013, p 454.

410يراجع : زكية الصافي، قانون الشغل، عقد الشغل، المرجع السابق، ص 200. / المنجي طرشونة، " القانون الجديد للطرد "، المرجع المذكور، ص 59. / عصام الأحمر، "الغياب وآثاره على العلاقات الشغلية"، نشرية متفقدي الشغل، الجمعية التونسية لمتفقدي الشغل، تونس، 2010، ص 107. / النوري مزيد، "تغيّب الأجير عن العمل لأسباب صحية"، نشرية متفقدي الشغل، الجمعية التونسية لمتفقدي الشغل، تونس، 2010، ص 126.

411 الذي نصّ أنّ " العامل المصاب بعجز عن العمل إثر مرض يوضع في وضعية "رخصة مرض" بشرط أن يدلي في الـ48 ساعة بشهادة طبية موضحة لنوع المرض ومدته المتوقعة في الغالب.

الطبي للمؤسسة، وذلك بهدف تحديد العلاقة التي يمكن أن تحصل بين ظروف العمل والمرض، والتثبّت من تغيّر قدرة الأجير بسبب المرض على أداء العمل المطلوب منه. ويكون للعامل الحق في الطعن في رأي طبيب المؤسسة وطلب إجراء فحص معاكس بواسطة طبيبين، يختار أحدهما العامل والآخر يختاره المؤجر، وفي صورة عدم الاتفاق يعيّن طبيب ثالث للتحكيم بين الكشفين[412]. ورغم ثبوت عجز الأجير عن العمل، فإنّ إنهاء عقد الشغل لا يُلتجأ إليه إلاّ في صورة انعدام مركز شاغر يمكن تكليفه به، فالإنهاء بسبب المرض الخطير أو العجز ليس مسألة آلية.

أما السبب الاقتصادي والفني، فلم يوضح المشرع مفهومه، وذلك على خلاف المشرع الفرنسي الذي ينصّ أنه " **يعتبر طردا لأسباب اقتصادية الطرد ا لذي يقوم به المؤجر لسبب أو لعدة أسباب ليس لها ارتباط بشخص الأجير والناجم عن حذف أو تغيير مواطن الشغل أو تعديل جوهري لعقد الشغل والمترتب خاصة عن صعوبات اقتصادية أو تغييرات تكنولوجية**"[413]. ويتميز السبب الاقتصادي والفني بخاصيتين : الأولى وهي عدم اقتران السبب بشخص العامل، إذ يجب أن يكون مستقلاّ تماما عن شخص الأجير وسلوكه، أي يتعيّن أن يكون قائما على اعتبارات موضوعية مرتبطة بنشاط المؤسسة أو هيكلتها أو قدرتها على تسويق منتوجاتها أو وضعيتها المالية[414]. أما الخاصية الثانية فتتعلّق بالظروف التي تمرّ بها المؤسسة كتصفية الشركة أو إيقاف النشاط، ويجب أن يكون السبب من شأنه أن يؤدي إلى حذف مواطن شغل قارة أو إدخال تعديلات جوهرية على شروط العمل داخل المؤسسة. ويدخل في باب الأسباب الاقتصادية والفنية :**أولا** حذف مواطن الشغل، ويجب أن يكون الحذف تاما، ويرى الفقه الفرنسي أن توزيع مهام العامل الذي طرد على بقية العمال بالمؤسسة لا يبرّر الطرد، أو إذا انتدب مكانه للعمل عمال آخرون ولو كان ذلك مجانا أو إذا عوض مركز العمل المحذوف بعمل جديد[415]. **ثانيا** تغيير العمل إذ يمكن أن لا يحذف مركز العمل لكن تتغير مهام العامل بصفة جذرية، وينشأ عادة عن تطور الأجهزة ووسائل الإنتاج. **ثالثا** تعديل العقد بصفة جذرية حيث يمكن للمؤجر أن يلتجئ إلى تعديل عقود الشغل لتجاوز الأزمات الاقتصادية التي تمر بها مؤسسته. وقد يرفض العملة التعديل لمساسه بعناصر جوهرية في العقد[416]، وقد أشار المشرع إل هذه الوضعية بقانون إنقاذ المؤسسات، ومكّن المؤسسة من فترة مراقبة كلّما تبيّن وجود إمكانيات لإعداد برنامج إنقاذ لمواصلة المؤسسة لنشاطها[417].

هذا فيما يتعلق بالشروط الأصلية للطرد، أما عن الشروط الإجرائية فيمكن تقسيمها حسب مصدرها إلى إجراءات قانونية منصوص عليها صلب مجلة الشغل وإجراءات تعاقدية نظمتها الاتفاقية الإطارية المشتركة.

لا يتمتع بفائدة المقتضيات المنصوص عليها بالفقرة الأولى من هاته المادة كلّ عامل :

أ- ينقطع عن عمله لأسباب متأتية عن إدمانه للمشروبات الكحولية أو عن سوء سيرته، أو المنجرة عن جروح أصيب بها العامل خارج العمل إن ثبت خطأه.

ب- والذي لا يراعي التعليمات المأمور بها من قبل الأطباء أو الذي يتغيّب عن مقره دون ترخيص من الطبيب.

ت- والذي يمارس عملا خارجيا مقابل أجرة أو بدونها بينما هو في حالة مرض.

ث- والذي يمدّد في انقطاع العمل إلى ما بعد الأجل الذي عيّنه الأطباء. فهو يعتبر في حالة تغيّب غير مبرّر ويستهدف من أجل ذلك لعقوبات تأديبية.

يحتفظ المؤجر بحق إجراء أيّ مراقبة طبية يراها مفيدة وذلك بمقر المريض."

Voir Cass.sociale n°11-28.734 du 15 mai 2013, Le Droit Ouvrier n°780, La Confédération Générale du Travail, juillet 2013, p 512.

[412] زكية الصافي، المرجع السابق، ص 200.

[413] الفصل L-321-1 من مجلة الشغل الفرنسية

[414] النوري مزيد، محاضرات في قانون الشغل، المرجع السابق، ص 92.يراجع كذلك : لمياء شوشان، السبب الاقتصادي للطرد، رسالة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية بسوسة، 2002 / BEN HMIDA (C.), Le licenciement des salariés pour cause économique, Mémoire pour l'obtention du Mastère en Droit des Affaires, Faculté de Droit de Sfax, 2004.

انظر القرار التعقيبي المدني عـــدد180/2013 الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 2013 (غير منشور).

[415]VERDIER (J.M), COEURET (A.) et SOURIAC (M.A), op.cit, p 455.

[416] النوري مزيد، القاضي وقانون الشغل، المرجع المذكور، ص 66.

[417] يراجع الفصلين 35 و 36 من القانون عـــــدد 79 لسنة 2003 المؤرخ في 29 ديسمبر 2003 المنقح للقانون عـــــدد 34 لسنة 1995 المؤرخ في 17 أفريل 1995 المتعلق بإنقاذ المؤسسات التي تمرّ بصعوبات اقتصادية.

بالنسبة للإجراءات القانونية فتتفرع إلى إجراءات قانونية عامة تنطبق على كافة صور الطرد مهما كان سببه وتتمثل في وجوبية الإعلام كتابيا بإنهاء عقد الشغل قبل شهر من إنهاء العقد[418]، وإجراءات قانونية خاصة تهمّ حالات معيّنة من الطرد وهي الطرد لأسباب اقتصادية أو فنية وطرد ممثلي العملة.

فبالنسبة للأولى أي وجوبية الإعلام[419]، فيبقى عقد الشغل قائما بوصفه عقدا غير معيّن المدة أثناء أجل الإعلام ولا يمكن إنهاؤه قبل انقضاء أجل الشهر إذ يواصل الأجير أداء العمل مقابل الأجر، ولا يجوز تعديل عقد العمل خلال تلك الفترة ما لم يتعلق التعديل بظروف العمل. ويرخص للعامل التغيب طيلة النصف الثاني من مدة أجل الإعلام للبحث عن عمل ثانٍ، وتعتبر مدة التغيّب عملا فعليا حيث لا يحقّ للمؤجر التخفيض في الأجر أو المنح، كما تحتسب هذه المدة في أقدمية العامل. ويجوز الاتفاق على عدم مباشرة الأجير لعمله أثناء مدة الإعلام بالطرد، على أن يدفع له المؤجر كافة مستحقاته عن تلك المدة وكأنها مدة عمل فعلي.

وقد حرص المشرع بموجب تنقيح مجلة الشغل لسنة 1994 على وجوب احترام شكلية أساسية أخرى تتعلق بمضمون الإعلام، إذ أوجب على المؤجر أن يبيّن أسباب الطرد في رسالة الإعلام بإنهاء عقد الشغل[420].

---

[418] وقد اعتبر بعض الفقهاء أنه تماشيا مع التطور الاقتصادي والاجتماعي، حذف المشرع أجل الإعلام المحدّد بثمانية أيام والذي كان يتمتع به الأجراء الذين لا يتقاضون أجورا شهرية. يراجع حافظ العموري، قانون الشغل، المرجع السابق، ص 83. لكن يمكن أن يمتدّ هذا الأجل إلى أكثر من شهر بالنسبة لبعض الفئات من العملة، فقد منح الفصل 398 من مجلة الشغل أجل شهرين للإعلام بطرد الصحافيين الصناعيين إذا تجاوزت مدة العقد ثلاث سنوات. كما فرض الفصل 410 من مجلة الشغل أجل شهر للإعلام بطرد النواب المتجولين والوكلاء التجاريين إذا استمرّ العمل سنة واحدة، وشهرين عند السنة الثانية وثلاثة أشهر فيما زاد عن السنتين، هذا ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف مخالف. ويرفع أجل التنبيه بالنسبة للوكلاء والنواب العاملين خارج البلاد بالمدة الطبيعية لسفر العودة. وتجدر الإشارة أنّ بعض الاتفاقية المشتركة القطاعية حدّدت أجل الإعلام من ذلك مثلا : الفصل 20 (جديد) : أجل الإعلام بإنهاء عقد الشغل من الاتفاقية المشتركة القطاعية للكهرباء والالكترونيك (الذي نقح بالملحق التعديلي عـــدد 2 الممضى بتاريخ 27 جانفي 2006 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية المؤرخ في 9 فيفري 2006 والصادر بالرائد الرسمي عـــدد 13 المؤرخ في 14 فيفري 2006) الذي اقتضى أنه "ضبط أجل الإعلام بإنهاء عقد الشغل بثلاثة أشهر للإطارات وشهرين لأعوان التسيير وبشهر واحد لأعوان التنفيذ." / الفصل 17 (جديد) : أجل الإعلام بإنهاء العمل من الاتفاقية المشتركة القطاعية للتعليم الخاص (الذي نقح بالملحق التعديلي عـــدد 7 الممضى بتاريخ 29 ديسمبر 2005 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية المؤرخ في 17 جانفي 2006 والصادر بالرائد الرسمي عـــدد 8 المؤرخ في 27 جانفي 2006 الذي نصّ أنه "ضبط أجل الإعلام بإنهاء العمل بدون اعتبار الحقوق في الراحة السنوية الخالصة الأجر بشهرين قبل إنهاء العقد." / الفصل 32 (جديد) : أجل الإعلام بإنهاء العمل من الاتفاقية المشتركة القطاعية لتجارة وتوزيع النفط وجميع مشتقاته (الذي نقح بالملحق التعديلي عـــدد 7 الممضى بتاريخ 10 مارس 2005 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 29 ديسمبر 2005 والصادر بالرائد الرسمي عـــدد 6 المؤرخ في 20 جانفي 2006) الذي اقتض أنه " يتمّ الإعلام بإنهاء عقد الشغل المبرم لمدة غير معينة برسالة مضمونة الوصول توجه إلى الطرف الأخر قبل شهر من إنهاء العقد.

- شهر واحد إذا لم تتجاوز أقدمية العامل 15 سنة.
- شهران إذا فاقت الأقدمية 15 سنة."

[419] وفي صورة إخلال المؤجر بواجب الإعلام يستحق الأجير منحة هي بمثابة بديل للأجر الذي كان سيتقاضاه لو سمح له بأداء عمله أثناء مدة الإعلام. وقد حدّد الفصل 16 من الاتفاقية الإطارية المشتركة مقدار هذه المنحة بمبلغ يساوي على الأقل الأجر الفعلي المقابل لمدة أجل الإعلام بالإنهاء أو المقابل لما تبقّى من تلك المدة. وقد نصّ الفصل 37 من الاتفاقية المشتركة القطاعية أنّ الأجير الذي ارتكب خطأ فادحا لا يستحق منحة الإعلام بالطرد أو أية غرامة أخرى. والملفت في هذا الفصل استعمال عبارة "منحة الإعلام بالطرد" وقد نسج على منواله فقه القضاء، والحال أنّ هذه المنحة لا تستحقّ إلاّ في صورة عدم احترام المؤجر لواجب الإعلام، فيكون من الأصحّ عبارة "منحة عدم احترام واجب الإعلام بإنهاء العقد" لتكون عبارة شاملة للإخلال بواجب الإعلام سواء من حيث شكله أو من حيث أجله.

[420] حيث نصّ الفصل 14 ثالثا أنه "يتعيّن على المؤجر الذي يعتزم طرد عامل أن يبيّن أسباب الطرد في رسالة الإعلام بإنهاء العمل. ويعتبر تعسفيا، الطرد الواقع دون وجود سبب حقيق وجدي يبرره أو دون احترام الإجراءات القانونية أو الترتيبية أو التعاقدية." إلاّ أنّ تطبيق هذا النصّ قد تتولّد عنه بعض الصعوبات : تتمثل الصعوبة الأولى في الحالة التي يمتنع فيها المؤجر عن ذكر أسباب الطرد في رسالة الإعلام، فماهو جزاء الإخلال بهذا الالتزام القانوني؟ هل يعتبر الطرد تعسفيا لعدم احترام الإجراءات القانونية طبقا للفقرة الثانية من الفصل المذكور؟ قد تطرح هذه الإشكالية في الحالة التي لم يذكر فيها المؤجر أسباب الطرد في رسالة الإعلام، ويرى القاضي أنّ الأسباب التي قدّمها المؤجر مباشرة ذات صبغة حقيقية وجدّية، فهل يقرّ بالصبغة التعسفية للطرد لعدم احترام الإجراءات مع وجود سبب قانوني يبّره؟ إنّ الجواب عن هذا السؤال قد يكون بالإيجاب إذا ما اعتبرنا الصيغة العامة لعبارات الفصل 14 ثالثا الذي يؤكد أنّ الطرد يكون تعسفيا إذا وقع دون احترام الإجراءات القانونية والفصل 14 خامسا الذي يمنح للقاضي سلطة تقدير مدى احترام هذه الإجراءات، أي أنّ الالتزام القانوني بالإعلام بالطرد كتابيا وبذكر أسبابه أصبح من القواعد الآمرة التي يتكون منها النظام العام لإجراءات الطرد. وعليه فإنّ عدم إعلام الأجير بأسباب الطرد يجعل من هذا الطرد تصرفا قانونيا معيبا من حيث الشكل حتى وإن كان سليما من حيث الأصل. ويزداد اليقين من أنّ الالتزام بالإعلام بأسباب الطرد هو من المكونات الأساسية لإجراءات الطرد عندما يتبين للقاضي أنّه لا وجود لسبب حقيقي وجدّي للطرد، فيصبح الإخلال بالإجراء الشكلي المتمثل في الامتناع عن ذكر أسباب الطرد عنصرا هاما بالنسبة للقاضي في تقديره لمدى وجود الصبغة الحقيقية والجدية لأسباب الطرد، بل ويمكن للقاضي أن يستنتج من عدم ذكر السبب عدم وجود سبب حقيقي وجدي يبرّر الطرد. أما الصعوبة الثانية فتعلّق بإمكانية تغيير أسباب الطرد المذكورة برسالة الإعلام أمام القضاء، إذ أنّ تغيير هذه السباب يمثل أكثر خطورة من عدم ذكرها لأنه إذا كان من الممكن أن ينتج عن الامتناع عن ذكر السبب عدم صحة الطرد من حيث الشكل وصحته من حيث الأصل إذا اعتبر القاضي أنّ الأسباب المقدمة له حقيقية وجدية، فإنّ تغيير السبب المذكور في رسالة الإعلام يمكن أن ينتج عنه عدم صحة الطرد من حيث الأصل، فمهمة القاضي لا تتمثل في البحث عن السبب الحقيقي والجدي للطرد، وإنما في البحث عن الصبغة الحقيقية والجدية لأسباب الطرد التي أعلن عنها المؤجر في رسالة الإعلام بالطرد، فاستعمال عبارة "أسباب الطرد" صلب الفصل 14 ثالثا وليس عبارة الأسباب الحقيقية والجدية للطرد يعني أنّ مفهوم السبب بالنسبة للمؤجر هو مفهوم ذاتي شخصي، أي يمكنه أن يذكر في رسالة الإعلام كلّ الأسباب التي تبدو له مبرّرة للطرد. في حين أنّ مفهوم السبب بالنسبة للمشرع والقاضي هو مفهوم موضوعي ومجرد، فالمؤجر يبين الأسباب التي دفعته للطرد، والقاضي ينظر في هذه الأسباب بالذات ليبحث عما إذا كانت تبرر بصفة موضوعية الطرد. لذلك إذا قدم المؤجر أمام القضاء أسبابا مختلفة عن تلك التي ذكرها في رسالة الإعلام والتي يبني عليها الأجير وسائل دفاعه القانونية، يمكن للقاضي أن يستخلص من تغيير السبب أمامه عدم وجود سبب حقيقي وجدي، لأنّ ترك الأسباب المقدمة للعامل لمجابهته بأسباب أخرى هو اعتراف ضمني أنّ الأسباب الأولى غير حقيقية وغير جدية. لذلك إذا غيّر المؤجر أسباب الطرد يمكن للقاضي أن يستنتج

وهذا الالتزام القانوني بذكر أسباب الطرد يعدّ من أهمّ التغييرات الجوهرية والإيجابية التي أتى بها هذا التنقيح، ففي السابق لم يكن للأجير أي وسيلة قانونية لمعرفة أسباب الطرد التي انبنى عليها قرار المؤجر. وبمقتضى هذا التنقيح يحقّ للأجير أن يعلم بصفة رسمية الأسباب التي سيقدمها المؤجر أمام القضاء لتبرير قراره بالطرد حتى تتسنى له معرفة حظوظه لقبول دعواه قضائيا ودحض التبريرات التي ذكرها المؤجر[421]. وتتمثل أهمية هذه الشكلية الجوهرية في إمكانية حصر أسباب النزاع أمام القضاء، وفي تمكين القاضي من ممارسة سلطته في تقدير أسباب الطرد التي منحها له الفصل 14 خامسا[422]. أما عن الإجراءات القانونية الخاصة، فتتمثل الأحكام الحمائية للعملة عند الطرد لأسباب اقتصادية أو فنية في وجوبية إجراءات الطرد[423]. ويتمثل أول إجراء في إعلام تفقدية الشغل المختصة ترابيا[424]، ويجب على المؤجر بيان أسباب الطرد وأن يرفق الإعلام بالمؤيدات اللازمة لطلب الطرد وبقائمة كافة عملة المؤسسة واختصاصهم المهني والعمال المعنيين بالطرد[425]. وتتولّى تفقدية الشغل البحث في وجاهة الطرد، ولها حق الاطلاع على كافة وثائق المؤسسة والمعلومات التي تراها ضرورية للبحث في جدية الصعوبات دون قيد أو شرط[426]. ويتعيّن عليها القيام بمحاولة صلحية بين الطرفين وذلك في أجل أقصاه خمسة عشر يوما من تاريخ تعهدها. وإذا تعذّر الصلح فعليها أن تعرض ملف الطرد على اللجنة الجهوية أو المركزية لمراقبة الطرد[427]، ويعدّ الطرد دون إجراء محاولة الصلح أو إعلام لجنة مراقبة الطرد طردا تعسفيا. وتسعى هذا اللجنة بدورها إلى التوصل إلى حلّ توفيقي مع تجنب الطرد إذا أمكن ذلك. لكن إذا تبيّن للّجنة ضرورة اللّجوء إلى الطرد فإنها تبدي رأيها في الأجراء الذين يشملهم قرار الطرد[428]، وفي مقدار مكافأة نهاية الخدمة التي ستسند لهم، وفي صورة عدم الاتفاق يحتفظ الطرفان بحقهما في اللجوء إلى المحاكم المختصة[429]. وفي هذا الإطار أوضحت محكمة التعقيب أنّ رأي هذه اللجنة لا يلزم الأجير والمؤجر إلاّ في صورة موافقتهما عليه، وأنه حتى في صورة مصادقة النقابة على الطرد فإنّ رأيها لا يقيّد الأجير لكونها غير مؤهلة للتصالح في حقه. أما الإجراءات الخاصة بطرد ممثلي العملة فقد نصّ عليها المشرع صلب **الفصل 166 من مجلة الشغل**[430]. وقد أثارت صياغة هذا الفصل كما تمّ تنقيحه سنة 1994 نقاشا فقهيا هاما واختلافا قضائيا بخصوص ميدان تطبيق أحكامه، فقد سعى المشرع من خلال هذا التنقيح إلى توفير الحماية القانونية لممثلي العملة ضدّ قرارات الطرد[431]، وذلك بهدف تمكينهم من قدر أدنى من الاستقرار في العمل والاستقلالية في إبداء الرأي. وقد تمثل الإشكال

من هذا التغيير قرينة بسيطة قابلة للدحض مفادها عدم وجود سبب حقيقي وجدّي ينزع عن الطرد صبغته التعسفية. يراجع المنجي طرشونة، "القانون الجديد للطرد"، المرجع السابق، ص 47.

[421] يراجع : فاخر بن سالم، محاضرات في قانون الشغل، المرجع السابق، ص 33 / بشرى العلوي، "إجراءات إنهاء عقد الشغل من طرف المشغل"، الندوة الثالثة للقضاء الاجتماعي، المعهد العالي للقضاء، الرباط المغرب، 2004، المعهد الأعلى للقضاء، تونس، 2004، ص 57.

[422] الذي اقتضى أنه "يرجع للقاضي تقدير مدى وجود الصبغة الحقيقية والجدية لأسباب الطرد ومدى احترام الإجراءات القانونية أو التعاقدية المتعلقة به وذلك بناء على عناصر الإثبات المقدمة إليه من طرفي النزاع ويمكنه لهذا الغرض الإذن بإجراء كلّ وسيلة تحقيق يراها لازمة."

[423] زكية الصافي، قانون الشغل، عقد الشغل، المرجع السابق، ص 220.

[424] أو الإدارة العامة لتفقدية الشغل إذا كان الإعلام بالطرد يهمّ عمّالا منتمين لفروع مؤسسة متواجدة بولايتين أو أكثر حسب الفصل 21-2 من م.ش.

[425] الفصل 21 من م.ش.

[426] وقد وضعت عقوبات جزائية في صورة تقديم المؤجر لتصريح خاطئ أو مخالف للواقع يتمثل في خطايا مالية تتراوح بين 24 و60 دينارا حسب الفصل 234 من م.ش، ويُطرح التساؤل هنا عن مدى قدرة هذه العقوبة المالية الهزيلة على زجر المؤجرين وتحقيق الردع المطلوب في مادة الطرد الجماعي وما يمثله من تهديد للاستقرار والسلم الاجتماعي.

[427] وذلك تبعا لما إذا كان للمؤسسة مركز واحد أو عدة فروع بولايات مختلفة حسب الفصل 21-3 من م.ش.

Voir MECHRI (F.), Le Droit du Travail en Tunisie, op.cit, p 153.

[428] " وتكمن أهمية عرض الملف على لجنة مراقبة الطرد في تركيبتها إذ تتكون من المدير العام أو الجهوي لتفقدية الشغل وممثل عن المنظمة النقابي التي ينتمي إليها العامل وممثل عن المنظمة المهنية التي ينتمي إليها المؤجر، وفي هذا تشريك للمنظمات المهنية في اتخاذ الحلول الملائمة عند مرور المؤسسة بصعوبات اقتصادية، ومحاولة لإقرار بعض التوازن في اتخاذ القرار بين مصلحة العملة المعنيين بالطرد ومصلحة المؤسسة." زكية الصافي، قانون الشغل، عقد الشغل، المرجع المذكور، ص 221. يراجع كذلك : المنصف زمالي، "إجراءات التسريح الجماعي لأسباب اقتصادية أو فنية في قانون الشغل التونسي"، نشرية متفقدي الشغل، الجمعية التونسية لمتفقدي الشغل، تونس، 2010، ص 43.

[429] الفصل 21-11 من م.ش.

[430] والذي اقتضى أنه " كلما اعتزم المؤجر طرد عضو رسمي أو مناوب ممثل للعملة باللجنة الاستشارية للمؤسسة أو نائب رسمي أو مناوب للعملة، فإنه يتعين عليه عرض ذلك على تفقدية الشغل المختصة ترابيا ويكون ذلك بالنسبة لأعضاء اللجنة الاستشارية للمؤسسة بعد أخذ رأي هذه الأخيرة ويبدي متفقد الشغل رأيه معلّلا في أجل لا يتجاوز عشرة أيام من تاريخ تعهده.

ويعتبر الطرد تعسفيا إذا تمّ دون احترام الإجراءات المنصوص عليها بالفقرة الأولى من هذا الفصل. كما يعتبر الطرد تعسفيا في صورة مخالفة رأي متفقد الشغل إلاّ إذا ثبت لدى المحاكم المختصة وجود سبب حقيقي وجدّي يبرّر الطرد. ويحتفظ كلّ من المؤجر والعامل المعنيين بحقهما في اللجوء إلى المحاكم المختصة."

[431] " إذ تتميز وضعية ممثلي العملة بنوع من الازدواجية، فهم كعمّال يوجدون في تبعية إزاء مؤجرهم ويخضعون لنفوذه التأديبي، لكنهم كممثلين للعملة في حاجة إلى استقلالية تسمح لهم بممارسة مهامهم بمصداقية، وهذا ما يفترض تكريس حماية قانونية خاصة إزاء نفوذ المؤجر." النوري مزيد والمنجي طرشونة، مجلة الشغل، المرجع السابق، ص 193، يراجع في نفس الإطار: سنية العوني، "النظام القانوني الخاص لحماية ممثلي العملة من الطرد"، مجلة القضاء والتشريع عـــــدد

الرئيسي في تحديد مدلول عبارة " نائب رسمي أو مناوب للعملة "، فهل تقتصر هذه العبارة على نوّاب العملة داخل المؤسسة أم أنها تتسع لتشمل النواب النقابيين؟

تعرض بعض الفقهاء[432] إلى هذه المسألة مؤكدين على ضرورة توسيع مفهوم نائب العملة لما يحققه من حماية للنائب النقابي، وأسسوا موقفهم هذا على أحكام اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 87 المتعلقة بالحريات النقابية[433] وأحكام الاتفاقية رقم 98 بشأن تطبيق مبادئ التنظيم والمفاوضة الجماعية[434]. مما حدا بالمشرع للتدخل بموجب القانون عـــــــــــدد 19 لسنة 2007 المؤرخ في 2 أفريل 2007 والذي يعتبر تجاوزا للجدل الفقهي والقضائي باعتبار أنّ الفصل 169 مكرر الذي أضيف إلى مجلة الشغل بمقتضى هذا التنقيح أقرّ صراحة سحب الأحكام الخاصة بحماية ممثلي العملة على الممثلين النقابيين، وذلك في إطار ملاءمة التشريع الوطني لأحكام الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل الدولة التونسية[435]، وكذلك قطعا لسبل الاختلاف في الاجتهادات القضائية[436]. وقد آثر المشرع في إطار الفصل 166 من مجلة الشغل سواء في صيغته القديمة أو الجديدة اعتماد آليات الحماية القبلية أو المسبقة، فقد أوجبت أحكام الفصل 166 قديم عرض مسألة طرد ممثل العملة على اللجنة الاستشارية للمؤسسة إن وجدت، ثم على متفقد الشغل المختص ترابيا. وقد أفرز تطبيق هذا الفصل اختلافا بين تفقديات الشغل فيما يعتبر سببا مبررا للطرد بالنسبة إلى تفقدية معينة لا يعتبر كذلك بالنسبة إلى تفقدية أخرى، وذلك نظرا لغياب معايير موضوعية تمكن من تحديد الأسباب الشرعية التي تبرر طرد نائب العملة. وفي محاولة لوضع حدّ لظاهرة الاختلاف، أسند المشرع بموجب القانون عـــــــــــدد 19 لسنة 2007 اختصاص النظر في مطلب طرد نواب العملة إلى المدير العام لتفقدية الشغل والمصالحة، وذلك اعتبارا لما يتمتع به من تجربة وخبرة في مجال العلاقات المهنية، والذي يبدي رأيه معلّلا في أجل لا يتجاوز عشرة أيام من تاريخ تعهده، وذلك بعد أخذ رأي اللجنة الاستشارية للمؤسسة إن وجدت. ويعتبر الطرد تعسفيا إذا تمّ دون احترام هذه الإجراءات وكذلك في صورة مخالفة رأي المدير العام لتفقدية الشغل

والمصالحة، إلاّ إذا ثبت لدى المحاكم المختصة وجود سبب حقيقي وجدي يبرر الطرد[437]، ويحتفظ كلّ من الأجير والمؤجر بحقهما في اللجوء إلى المحاكم المختصة. ويستنتج من ذلك أنّ رأي المدير العام لتفقدية الشغل والمصالحة يقيّد المؤجر، لكنه لا يقيّد القاضي الذي يتمتع بكامل لصلاحيات في تقدير مدى وجود السبب الحقيقي والجدي للطرد، وكلما تبيّن له أنّ هذا الطرد لم يكن قائما على سبب حقيقي وجدي يبرّره أو لم يتقرّر طبق الإجراءات القانونية، فإنه لا يتردد في إقرار الصبغة التعسفية للطرد[438].

أما الإجراءات التعاقدية للطرد فتتمثل في الإجراءات التأديبية للطرد المنصوص عليها صلب الفصل 37 من الاتفاقية الإطارية المشتركة وبالاتفاقيات القطاعية. ويولي فقه القضاء أهمية كبرى لهذه القواعد الإجرائية وذلك بممارسة رقابة

9، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، نوفمبر 2011، ص 121. / EZZDINE (S.), Le statut des représentants du personnel dans l'entreprise, Mémoire pour l'obtention du Mastère en Droit Social, Faculté de Droit de Sfax, 2009.

[432] حافظ العموري، "طرد النائب النقابي"، م.ت.ق.اج. عـــــدد 9 سنة 2004، ص 111.

[433] صادقت البلاد التونسية على هذه الاتفاقية بتاريخ 18 جوان 1957.

[434] والمصادق عليها بتاريخ 15 ماي 1957.

[435] فقد صادقت تونس بموجب القانون عـــــدد 15 لسنة 2007 المؤرخ في 12 مارس 2007 على اتفاقية منظمة العمل الدولية عـــــدد 135 المتعلقة بممثلي العملة والتي أوجبت توفير الحماية القانونية لممثلي العملة ضد الضرار أو الأخطار التي يمكن أن تلحق بهم نتيجة اضطلاعهم بهذه الوظيفة التمثيلية أو انخراطهم في هيكل نقابي طبق المقتضيات القانونية أو الاتفاقيات المشتركة، وقد أوضح الفصل الثالث من هذه الاتفاقية أنّ عبارة "ممثلي العملة" تشمل كافة الممثلين المنتخبين وكذلك النواب النقابيين.

[436] عصام الأحمر، "تعليق على القانون عـــــدد 19 لسنة 2007 المؤرخ في 2 أفريل 2007 المتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الشغل"، م.ق.ت عـــــدد 8، نوفمبر 2007، ص 148.

[437] كما اقتضى الفص 155 من م.ش أنه كلما اعتزم المؤجر طرد طبيب شغل فإنه يتعين عليه عرض ذلك على تفقدية طب الشغل المختصة ترابيا وذلك بعد أخذ رأي اللجنة الاستشارية للمؤسسة أو نائب العملة، ويبدي الطبيب متفقد الشغل رأيه معلّلا في أجل لا يتجاوز عشرة أيام من تاريخ تعهده. ويعتبر الطرد تعسفيا إذا تمّ دون احترام هذه الإجراءات وكذلك في صورة مخالفة رأي الطبيب متفقد الشغل، إلاّ إذا ثبت لدى المحاكم المختصة وجود سبب حقيقي وجدّي يبرّر الطرد.

[438] انظر : القرار التعقيبي المدني عـــــدد 7865/2013 المؤرخ في 31 جانفي 2014 (غير منشور).
القرار التعقيبي المدني عـــــدد 7851/2013 المؤرخ في 14 مارس 2014 (غير منشور).
القرار التعقيبي المدني عـــــدد 8624/2013 المؤرخ في 21 مارس 2014 (غير منشور).

مشددة على مدى احترامها[439]. ويمكن اختزال أهم ما وصل إليه فقه القضاء في هذا المجال في بعض المبادئ الأساسية التي تتميز بالاستقرار والشمولية[440]، وتتمثل في وجوبية احترام حقوق الدفاع الخاصة بالأجير والتأكيد على الصبغة الاستشارية لقرارات مجلس التأديب بالنسبة للقاضي. فبالنسبة لوجوبية احترام حقوق الدفاع الخاص بالأجير، يعتبر الطرد الخارق لحقوق الدفاع طردا تعسفيا حتى لو ثبتت هفوة فادحة في جانب الأجير. والإخلال بالقواعد الإجرائية التي وضعها القانون التعاقدي لتمكين العامل من الدفاع عن نفسه يكفي لإضفاء صبغة التعسف على الطرد، بل يكفي أن يقع الإخلال بعنصر واحد من العناصر المكونة لحق الأجير في الدفاع عن نفسه ليكتسي الطرد صبغة تعسفية، وهذه العناصر هي الآتية : **أولا : إجبارية إحالة الأجير على مجلس التأديب**، فقد نصّت الاتفاقية الإطارية المشتركة على وجوب عرض الأجير على مجلس التأديب قبل توقيع أية عقوبة من الدرجة الثانية، مقيّدة بذلك السلطة التأديبية للمؤجر، بحيث يكون له تسليط العقوبات على الأجير المتقاعس أو المخالف للأوامر أو المرتكب لأيّ خطإ إذا كانت العقوبة من الدرجة الأولى[441]، بينما يتجه العرض على مجلس التأديب إذا كانت العقوبات من الدرجة الثانية [442]. وتعتبر الإحالة على مجلس التأديب إجراءً أساسيا يترتب عن الإخلال به إضفاء الصبغة التعسفية على الطرد حتى وإن ثبتت الهفوة الفادحة[443]. ولا يميّز فقه القضاء في هذا الشأن بين العقد معين المدة والعقد غير معيّن المدة[444]. كما أكدت محكمة التعقيب على إجبارية إحالة العامل على مجلس التأديب في كل الحالات، باستثناء تلك المنصوص عليها صراحة بالاتفاقية الإطارية المشتركة والاتفاقيات القطاعية، والتي تتمثل في حالة صدور حكم نهائي ضدّ الأجير بعقاب بالسجن إثر ارتكابه لجريمة سواء بمناسبة العمل أو خارجه، وكذلك في حالة العثور على الأجير متلبسا بجريمة السرقة أو التحيل أو خيانة المؤتمن عند أداء عمله. أما العنصر **الثاني** المكوّن لحقوق الدفاع فيتمثل في **إعلام العامل للحضور برسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ وذلك قبل ثلاثة أيام على الأقل من انعقاد المجلس**، حتى يتمكن من الاستعداد للدفاع عن نفسه، وله لتحقيق هذا الغرض، إن طلب ذلك من المؤجر، الحق في أن يتسلّم حالاّ نسخة من ملفه ومن التقرير المقدم ضدّه، وله أن يقدّم تقريرا للدفاع عن نفسه، كما يجوز له أن يُنيب محاميا للدفاع عنه أو عاملا يختاره أو نائبا عن المنظمة النقابية التي ينتمي إليها، وله أن يطّلع على الملف. ويلزم العامل بالحضور في الموعد المحدّد برسالة الإعلام ليتمكن من حق الدفاع، إلاّ أنّ عدم حضوره لا يرتب تأخير الجلسة أو إعادة الاستدعاء. وبعد أن يتّخذ مجلس التأديب قراره بالطرد، يتمّ إعلام العامل به كتابة مع بيان أسباب الطرد حتى يتمكن من طلب مراجعة القرار من طرف المؤجر، كما يجوز له الطعن في شرعية قرار الطرد وإثبات صبغته التعسفية أمام القضاء بإثبات عدم صحة الأخطاء التي نسبت إليه. أمام العنصر **الثالث** فيتمثل في **مراقبة القاضي لسير أعمال مجلس التأديب وتركيبته** وإضفاء الصبغة التعسفية على الطرد كلّما ثبت خرق الإشكاليات المتعلقة بهذا العنصر[445]. فبالنسبة لتركيبة

---

[439] فيعتبرها قواعد أساسية يتعيّن على محكمة الموضوع إثارتها من تلقاء نفسها : انظر القرار التعقيبي المدني عـــــدد 9671/2013 المؤرخ في 10 مارس 2014 / القرار التعقيبي المدني عـــــدد 7835/2013 المؤرخ في 14 مارس 2014 / القرار التعقيبي المدني عـــــدد 8636 المؤرخ في 21 مارس 2014 (غير منشورة).

[440] النوري مزيد، القاضي وقانون الشغل، المرجع السابق، ص 42، يراجع كذلك : SOLTANI (M.), Les garantiesdisciplinaires en droit du travail, Mémoire pour l'obtention du DESS en Droit Social, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, 2000. / YOUSFI HAMMAMI (S.), Les exigences procédurales relatives au licenciement des salariés, Mémoire pour l'obtention du Mastère en Droit Social, Faculté de Droit de Sfax, 2009.

[441] عدّد الفصل 37 من الاتفاقية الإطارية المشتركة عقوبات الدرجة الأولى وهي :1- الإنذار الشفاهي 2- الإنذار الكتابي مع إدراجه بالملف 3- التوبيخ مع ترسيمه بالملف 4- التوقيف عن العمل لمدة لا تتجاوز الثلاثة أيام يحرم فيها العامل من كلّ أجر.

[442] وتتمثل في : 1- التوقيف عن العمل لمدة لا تتجاوز سبعة أيام مع الحرمان من كلّ أجر 2- التوقيف عن العمل لمدة تتراوح بين ثمانية أيام وثلاثين يوما مع الحرمان من كلّ أجر 3- إسقاط درجة 4- إسقاط سلم 5- العزل.

[443] القرار التعقيبي المدني عـــــدد 8631/2013 مؤرخ في 14 مارس 2014 (غير منشور).
القرار التعقيبي المدني عـــــدد 7850/2013 مؤرخ في 14 مارس 2014 (غير منشور).
القرار التعقيبي المدني عـــــدد 8621/2013 مؤرخ في 21 مارس 2014 (غير منشور).

[444] زكية الصافي، قانون الشغل، عقد الشغل، المرجع السابق، ص 207.

[445] "وحيث ثبت من مظروفات الملف أنّ المعقبة أحيلت على مجلس التأديب من أجل ارتكابها لخطإ فادح يتمثل في مغادرتها لمركز عملها بتاريخ 14 مارس 2005 دون مبرّر وصدر قرار بطردها.
وحيث ولئن كان قرار الطرد مبرّرا قانونا، فقد ثبت من أوراق القضية أنّ محضر مجلس التأديب لم يكن ممضى من طرف كافة الأعضاء الحاضرين ولم يثبت تمكين المعقبة من الاطلاع على ملفها التأديبي قبل انعقاد مجلس التأديب.
وحيث كان الحكم المطعون فيه معلّلا تعليلا قانونيا مستساغا له مأخذ صحيح من الحجج التي تمّ الاستناد إليها ومتماشيا مع النتيجة التي انتهى إليها لمّا اعتبر الطرد واقعا لسبب حقيقي وجدّي لكن دون احترام الإجراءات طبق الفقرة الثانية من الفصل 23 مكرر من م.ش وبذلك أصبح هذا الدفع غير وجيه وتعيّن ردّه." القرار

المجلس فهو يتكون من أعضاء اللجنة الاستشارية للمؤسسة، ولم يشترط المشرع وجود هذه اللجنة إلاّ بالمؤسسات التي تشغل أربعين عاملا قارا على الأقل[446]، بينما أجاز للمؤسسات التي تشغل عددا من العمال القارين يساوي أو يفوق العشرين وأقلّ من الأربعين، الاجتماع مباشرة مع نواب العملة[447]. ويُستنتج من ذلك عدم وجوبية إحالة العامل على مجلس التأديب في صورة عدم وجود هذه اللجنة بالمؤسسة.

فإذا أخلّ المؤجر بهذه الشروط الإجرائية أو الأصلية، عُدّ الطرد تعسفيا وحُقّ للعامل المطالبة بغرامة الطرد التعسفي[448].يتضح إذًا ممّا سبق بسطه أنّ الفضل الأساسي في تنظيم قانون الطرد على مستوى الشكل والمضمون يعود إلى تنقيح 21 فيفري 1994[449]، فكلّ إنهاء للعلاقة الشغلية لا يستجيب لهذا الشروط الإجرائية والأصلية يكتسي صبغة تعسفية، ممّا دفع بعض الفقهاء إلى اعتبار أنّ حقّ الإنهاء أحادي الجانب من طرف المؤجر أصبح مقنّنا ومحاصرا، بل ويكاد يكون منعدما[450]. في حين اعتبر البعض الآخر أنّ وضع المشرع لهذه الشروط والقيود لممارسة حق الطرد يعود لما له من تأثير على وضعية العامل الاجتماعية والحدّ من نتائجه الوخيمة، خصوصا إذا كان الطرد فجئيا ودون مبرّر، إلاّ أنّ هذه القيود لا تلغي حق الطرد[451]. ويتمتع الأجير هو الآخر بحق الإنهاء أحادي الجانب لعقد الشغل فينتهي العقد بانتهاء أجل الإعلام بالاستقالة.

ب- انتهاء العقد بانتهاء أجل الإعلام بالاستقالة: من الفراغ التشريعي إلى ضرورة التقنين

على خلاف الصبغة التبادلية للالتزام بالإعلام بإنهاء عقد الشغل، فإنّ الالتزام بذكر أسباب هذا الإنهاء في رسالة الإعلام لا ينسحب إلاّ على المؤجر، بينما يكفي للأجير إذا أراد إنهاء العقد من جانبه أن يعلم المؤجر كتابيا، قبل شهر من إنهاء

التعقيبي المدني عـــــــدد 9174/2006 مؤرخ في 2007/05/26 (غير منشور)، انظر كذلك : القرار التعقيبي المدني عـــدد 7833/2013 المؤرخ في 14 مارس 2014 (غير منشور) / القرار التعقيبي المدني عـــــدد 8619/2013 المؤرخ في 21 مارس 2014 (غير منشور).
Voir SAFI (A.), Les relations individuelles de travail, op.cit, p 70.

[446] الفصل 157 من م.ش. وقد جاء بالقرار التعقيبي المدني عـــــدد 673/2013 الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 2013 (غير منشور) أنه "حيث اقتضى الفصل 157 من م.ش أنه يقع إحداث بكلّ مؤسسة تشغل أكثر من 40 عاملا لجنة استشارية متناصفة كما نص الفصل 160 أنّ هذه اللجنة تقع استشارتها في مسائل التأديب وتنتصب كمجلس تأديب في ذلك.
وحيث إنه لا يوجد ما يفيد أنّ المعقبة تشغل أربعين عاملا أو أكثر بما ينفي وجوب إحداث اللجان المتعهدة بذلك في مثل هذه المؤسسات."

[447] فقد نصّ الفصل 163 من م.ش أنّ نائب العملة يقع انتخابه في المؤسسات التي تشغّل عددا من العمال القارين يساوي أو يفوق العشرين وأقلّ من الأربعين. ويمارس نائب العملة نفس المهام المناطة بعهدة ممثلي العملة باللجنة الاستشارية للمؤسسة حسب الفصل 164 من م.ش.

[448] نصّ الفصل 23 مكرر من مجلة الشغل أنه "يقع جبر الضرر في حالة الطرد التعسفي بغرامة يتراوح مقدارها بين أجر شهر وأجر شهرين عن كلّ سنة أقدمية بالمؤسسة على أن لا تتجاوز هذه الغرامة في جميع الحالات أجر ثلاث سنوات. ويتولّى القاضي تقدير وجود ومدى الضرر الحاصل من جراء هذا الطرد بناء بالخصوص على الصفة المهنية للعامل وأقدميته بالمؤسسة وسنّه وأجره ووضعيته العائلية وتأثير هذا الطرد على حقوقه في التقاعد، ومدى احترام الإجراءات وظروف الأمر الواقع.
غير أنه في الحالة التي يتبيّن فيها أنّ الطرد وقع لوجود سبب حقيقي وجدي ولكن دون احترام الإجراءات القانونية أو التعاقدية فإنّ مقدار الغرامة يتراوح بين أجر شهر وأجر أربعة أشهر. ويقع تقدير الغرامة حسب طبيعة الإجراءات وتأثيرها على حقوق العامل." ويتبيّن من هذا الفصل أنه لا يمكن الجمع بين الغرامتين حتى في حالة الطرد دون وجود سبب حقيقي وجدّي ودون احترام الإجراءات فلا يمكن للأجير الحصول إلاّ على غرامة الطرد التعسفي من حيث الأصل المنصوص عليها صلب الفقرة الأولى من حيث الفصل. وكان أولى بالمشرع أن ينص في صورة الطرد التعسفي من حيث الشكل ومن حيث الأصل في الآن ذاته على منح الأجير الغرامة الأفضل أو الأرفع، إذ قد تكون غرامة الطرد التعسفي لعدم احترام الإجراءات المحدد سقفها الأقصى بأجر أربعة أشهر أرفع في بعض الحالات من غرامة الطرد التعسفي لعدم وجود سبب حقيقي وجدي المقدرة بأجر شهر كحدّ أدنى وأجر شهرين كحدّ أقصى عن كلّ سنة أقدمية، فإذا عمل الأجير لسنتيْن فقط وقدّرها القاضي بأجر شهر عن كلّ سنة أقدمية، فإنّ غرامة الطرد التعسفي لعدم احترام الإجراءات قد تكون أرفع وأفضل بالنسبة له. وتجدر الملاحظة أنّ المشرع التونسي لم يتفطّن أنّ غرامة القطع التعسفي لعقد الشغل محدد المدة قد تكون في بعض الحالات أرفع من غرامة القطع التعسفي لعقد الشغل غير محدد المدة، لمّا كان مبلغ هذه الغرامة محدّدا عن كلّ سنة بأجر شهر كحدّ أدنى وأجر شهر كحدّ أقصى، فإنّ اجتهاد المحكمة لم يعد يتعدّى ما بين الحدّين، لا يقلّ عن أدناها ولا يزيد عن أقصاها، فإذا وقع قطع عقد شغل محدد المدة مبرم لمدة 3 سنوات أي 42 شهرا لإطار مؤسسة، ثم وقع قطع العقد بعد مرور شهرين، فإنّ الغرامة تقدّر بأجر ما تبقى من مدة العقد أي أجر 40 شهرا بما قد يتجاوز غرامة الطرد التعسفي لعقد شغل غير محدد المدة لإطار في بداية حياته المهنية لم تتجاوز أقدميته سنتين.

[449] يراجع المنجي طرشونة، "انعكاسات اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي على قانون الشغل والتشغيل : التطور والآفاق"، اتفاق الشراكة بين تونس والاتحاد الأوروبي : التأثيرات الاقتصادية / التأثيرات الاجتماعية، دراسة أعدها قسم التشريع بالاتحاد العام التونسي للشغل بالتعاون مع مؤسسة فريدريش إيبارت، تونس، 2001، ص 650.

[450] فاخر بن سالم، محاضرات في قانون الشغل، المرجع السابق، ص 24.

[451] زكية الصافي، قانون الشغل، عقد الشغل، المرجع السابق، ص 193.

العقد[452]، بدون أن يكون ملزما بتوضيح الأسباب التي دفعته إلى تقديم استقالته[453]. ويمكن تفسير هذا التباين بالتبعية القانونية التي يخضع إليها الأجير، فمبدأ عدم التزام الأجير بالعمل مدى الحياة مثلما نص عليه الفصل 833 من مجلة الالتزامات والعقود يرمي إلى الحفاظ على الحرية الشخصية، وتبعا لذلك يمكن للأجير أن يتحلّل من هذه التبعية متى شاء ودون تعليل مسبق[454]. لكنّ مجلة الشغل لم تهتمّ بالاستقالة ولم تنظم شروط ممارستها على خلاف الطرد، وإنما تمّ تنظيمها بواسطة الاتفاقية الإطارية المشتركة صلب فصلها **20** الذي اقتضى أنّ " الاستقالة (وهو الاستعفاء) لا يمكن أن تنتج إلاّ عن طلب كتابي من طرف العامل مبرزا فيه إرادته دون لبس ولا شرط في مغادرة المؤسسة نهائيا..." فالاستقالة هي تصرف قانوني أحادي الجانب ينهي بموجبه الأجير عقد الشغل بإرادته المنفردة. ويستشف من هذا الفصل أنّ للاستقالة ثلاثة شروط :**أولا:الاستقالة تصرف قانوني أحادي الجانب من طرف الأجير :** ممّايفترض أن يعرب الأجير صراحة عن عزمه مغادرة العمل أي أن تكون إرادته في إنهاء عقد الشغل إرادة حرّة، واعية وغير معيبة كأن تكون منتزعة تحت الإكراه، وعليه فلا يمكن الحديث عن استقالة ضمنية[455].

ورغم وضوح عبارات الفصل 20 فقد أثار مفهوم الاستقالة إشكالا على مستوى فقه القضاء وطرح التساؤل على محكمة التعقيب[456] : هل تستوجب الاستقالة اتفاق الطرفين باعتبارها إنهاءً اتفاقيا لعقد الشغل أم أنّ الاستقالة تعبير عن

---

[452] مدّدت بعض الاتفاقيات القطاعية هذا الأجل من ذلك مثلا ما تضمنته الاتفاقية المشترك القطاعية للكهرباء والالكترونيك صلب الفصل 20 : أجل الإعلام بإنهاء عقد الشغل (المنقح بالملحق التعديلي عـــدد 2 الممضى بتاريخ 17 جانفي 2006 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 09 فيفري 2009 والصادر بالرائد الرسمي عـــدد 13 المؤرخ في 14 فيفري 2006) الذي اقتضى أنه " ضبط أجل الإعلام بإنهاء عقد الشغل بثلاثة أشهر للإطارات وبشهرين لأعوان التسيير، وبشهر واحد لأعوان التنفيذ.

في صورة عدم مراعاة الطرف المبادر بقطع العلاقة لواجب أجل الإعلام بإنهاء عقد الشغل، فإن هذا الطرف يدفع للطرف الآخر غرامة لا تقل عن الأجر الفعلي المقابل لمدة أجل الإعلام بالإنهاء المتبقية.

وإذا جاءت مبادرة إنهاء عقد الشغل من طرف المؤجر، فإنه يرخص للعامل بالتغيب خمسة عشر يوما رزناميا ليتسنى له السعي إلى شغل آخر وتعتبر مدة التغيب عملا فعليا ولا ينجر عنها أي تخفيض في الأجور أو المنح.

أما إذا جاءت مبادرة إنهاء عقد الشغل من طرف الأجير، فإنه يتعين عليه مباشرة عمله بانتظام مدة الإعلام. ويبقى مطالبا بكامل مدة العمل هذه إذا تغيب أثناءها، حتى يتسنى للمؤجر أخذ الإجراءات الضرورية لتواصل نشاط المؤسسة. ويمكن إعفاء الأجير المتخلي من جزء من هذه المدة إذا رأى المؤجر فائدة في ذلك."

[453] فقد اقتضى الفصل 14 مكرر في فقرته الثالثة أنّ "كلّ هذا لا يمسّ بالمقتضيات الأكثر فائدة للعامل والناتجة عن أحكام خاصة تضمنها اتفاق الطرفين أو الاتفاقية المشتركة أو العرف." ومن ذلك إعفاء الأجير من احترام أجل الإعفاء دون أن يكون مطالبا بأيّ تعويض حسب مقتضيات الفصل 18 من مجلة الشغل الذي نصّت فقرته الرابعة أنه "يمكن للنسوة الحاملات مغادرة العمل بدون تعيين أجل المغادرة وبدون أن يطالبن بغرامة قطع العمل."

[454]« Il importe plus au travailleur d'avoir un droit à la sécurité à la sécurité de son emploi plutôt que d'avoir le droit de le quitter librement. » MECHRI (F.), Le Droit du Travail en Tunisie, op.cit, p 150. Voir aussi : CHAABANE (M.), La rupture du contrat du travail par le salarié, Mémoire pour l'obtention du Mastère en Droit Social, Faculté de Droit de Sfax, 2008./ GEA (F.), « La volonté du salarié en matière de rupture unilatérale du contrat de travail, Colloque de l'Institut du Travail de Bordeaux : Le salarié, entre rupture choisie et rupture subie ? Interrogations sur des ruptures du contrat de travail, Le Droit Ouvrier N°780, La Confédération Générale du Travail, Paris, Juillet 2013, p 470. / LOKIEC (P.), « Variations autour de la volonté du salarié », Actes du colloque de l'Institut du Travail de Bordeaux : Le salarié, entre rupture choisie et rupture subie ? Interrogations sur des ruptures du contrat de travail, Le Droit Ouvrier N°780, Confédération Générale du Travail, Paris, Juillet 2013, p 464.

[455] " فغياب العامل عن مركز عمله بصفة فجئية وغير مبرّرة أو انقطاعه عن العمل دون مبرر شرعي أو دون إذن مسبق يعتبر هفوة فادحة من العامل وموجبة للمؤاخذة تأديبيا أو للتعويض عن القطع التعسفي لعقد الشغل." عصام الأحمر، "الاستقالة والشرط التغريمي في عقود الشغل من خلال القرار التعقيبي عـــدد 8571"، مجلة القضاء والتشريع عـــــدد 2، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، فيفري 2004.

Voir SAFI (A.), Les relations individuelles de travail, op.cit, p 62. / RADE (CH.), « Les remous de la protection contre les harcèlements au travail », Actes du colloque de l'Institut du Travail de Bordeaux : Le salarié, entre rupture choisie et rupture subie ? Interrogations sur des ruptures du contrat de travail, Le Droit Ouvrier N°780, Confédération Générale du Travail, Paris, Juillet 2013, p 459.

[456] القرار التعقيبي المدني عـــــدد 8571 الصادر بتاريخ 2001/06/06، وتتلخص وقائع هذه القضية في انتداب المدعى عليه من طرف الشركة المدعية بموجب عقد شغل كتابي بصفته مهندسا مكلفا بتسيير فريق وتأمين متابعة الشؤون قبل وبعد البيع وذلك لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد، وقد تضمن الفصل الخامس من عقد الشغل أنّه في صورة الفسخ من طرف العامل خلال الخمس سنوات الأولى فإنه يتحمل دفع غرامة للشركة المؤجرة قدرها 40 ألف دينار. ومع ذلك فقد قرر الأجير إنهاء عقد الشغل وأعلم مؤجرته بأنّ مغادرته للشركة ستتمّ بداية من 1998/07/13، لكنّ المؤجرة "رفضت الاستقالة" وقامت بنشر قضية في إلزام الأجير بأن يؤدي لها هذا المبلغ المالي المضمّن بالعقد بعنوان شرط تغريمي. وقد قضت محكمة البداية بعدم سماع الدعوى بناء على مخالفة الشرط التغريمي للنظام العام الاقتصادي، لكن محكمة الاستئناف قررت نقض الحكم الابتدائي فيما قضى به في خصوص الشرط التغريمي الاتفاقي والقضاء من جديد بإلزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية المبالغ المالية المشترطة بالعقد بعنوان شرط تغريمي وذلك باعتبار العقد شريعة الطرفين طبق الفصل 242 من م.إ.ع. فكان على محكمة التعقيب حسم الخلاف بين محاكم الأصل حول مدى شرعية إدراج الشرط التغريمي في عقود الشغل، والإجابة عن كافة المطاعن المثارة من المدعية بما في ذلك الاستقالة.

الإنهاء بإرادة منفردة من الأجير للعلاقة الشغلية ؟ في محاولة لدفع الدعوى تمسك الأجير بموافقة مؤجرته على الاستقالة وأنّ الاتفاق تمّ بصفة شفوية، وطلب على هذا الأساس توجيه اليمين الحاسمة على مؤجرته لإثبات الاتفاق. وردّا على هذا الدفع أجابت محكمة التعقيب بأنّ "إثبات الاتفاق الشفوي حول تقديم الاستقالة جائز بجميع وسائل الإثبات ومن بينها اليمين عملا بأحكام الفصلين 427 و497 م.إ.ع." وذلك بالرغم من أنّ الفصل 20 المذكور لم يشترط مطلقا موافقة المؤجر على الاستقالة وإنما اشترط فقط ضرورة احترام أجل التنبيه المسبق[457]، فإذا احترم الأجير هذا الأجل كُيّفت استقالته على أنها إنهاء أحادي الجانب لعقد الشغل، أما في صورة عدم احترامه فإنّ هذا الإنهاء يعتبر قطعا تعسفيا لعقد الشغل من طرف الأجير يوجب التعويض عملا بأحكام الفصل 23 من مجلة الشغل[458]. لكن يبدو أنّ محكمة التعقيب وقعت في الخلط بين الاستقالة والإقالة التي تمثل وسيلة لفسخ الالتزامات بتراضي الطرفين حسب أحكام الفصل **414** من م.إ.ع[459]. فالاستقالة إنهاء أحادي الجانب لعقد الشغل من طرف الأجير دون اشتراط موافقة المؤجر بصريح عبارات الفصل **20** من الاتفاقية الإطارية المشتركة[460]، وذلك باعتبار أنّ اشتراط موافقة المؤجر على مطلب الاستقالة يغيّر طبيعة إنهاء عقد الشغل فتنقلب من إنهاء أحادي الجانب من الأجير إلى إنهاء اتفاقي يفترض تلاقي إرادتيْ الأجير والمؤجر حول إنهاء العلاقة الشغلية. أما **الشرط الثاني** للاستقالة فهو ضرورة **أن تكون إرادة الأجير في مغادرة العمل واضحة وغيرمشروطة**، فقد اقتضى الفصل **20** أنّ الاستقالة "لا يمكن أن تنتج إلاّ عن طلب كتابي من طرف العامل مبرزا إرادته دون لبس ولا شرط في مغادرة المؤسسة نهائيا." فالشرط ينفي الإرادة المنفردة في إنهاء عقد الشغل.

لكن بعض الاتفاقيات المشتركة القطاعية لم تكتف باشتراط الكتب وإنما أوجبت أن يتمّ التعريف بإمضاء الأجير[461]، وإذا كان العامل أمّيا فإنّ إمضاءه لا يقبل إلاّ إذا تمّ تلقّيه من طرف مأمور عمومي طبق الفصل **454** من م.إ.ع[462]. ويهدف هذا الشرط إلى تجنّب الطرد "المقنّع" الذي يأخذ شكل استقالة مفروضة وإلى عدم الخلط بين الاستقالة والتخلي عن العمل أو ترك مركز العمل. وقد أكّد فقه القضاء أنّ تخلّي الأجير عن عمله نتيجة لجوء المؤجر إلى وسائل استفزازية أو احتيالية تمنع الأجير من مواصلة عمله لا تعتبر استقالة بل هي طرد يكتسي صبغة تعسفية[463]. أما **الشرط الثالث** فهو **وجوبية تضمينا لاستقالة صلب مطلب كتابي**، فالاستقالة لا تنتج إلاّ عن طلب كتابي يفصح فيه الأجير عن رغبته في إنهاء عقد

---

[457] إذ اقتضى أنه "... وفي صورة الاستقالة يتعيّن على العملة احترام أجل التنبيه المسبق الوارد به الفصل 16 من هذا العقد الحالي أو المنصوص عليه باتفاقات خاصة مع عدم اعتبار الحقوق في الرخصة الخالصة (أي الإجازة خالصة الأجر)..." فلئن كرّس المشرع حقّ كلّ طرف في إنهاء عقد الشغل بإرادته المنفردة، فإنه على خلاف الطرد لا يشترط أن تبرّر الاستقالة بسبب موضوعي وإنما اكتفى فقط بشرط الإعلام المسبق.

[458] حيث اقتضى الفصل 23 أنّ " القطع التعسفي لعقد الشغل من أحد الطرفين يخوّل المطالبة بغرامة خارجة عن المنحة المستحقة لعدم مراعاة أجل الإعلام بإنهاء العمل أو مكافأة نهاية الخدمة المشار إليها بالفصل 22 من هذه المجلة."

[459] الذي نصّ أنه "تفسخ الالتزامات الناشئة من العقود إذا تراضى الطرفان على فسخها إثر التعاقد في الصور التي يبيحها القانون."

[460] باستثناء الفصل 58 (جديد) : الاستقالة فقرة 2 من الاتفاقية المشتركة القطاعية للمصابغ ومعامل التنظيف المنقح بالملحق التعديلي عـدد 8 الممضى بتاريخ 10 مارس 2005 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 29 ديسمبر 2005 والصادر بالرائد الرسمي عـدد 7 المؤرخ في 24 جانفي 2006 والذي اقتضى أنه "ويجب على المؤجر الردّكتابيا على مطلب الاستقالة في أجل شهر من تاريخ الإعلام، وهو ما تضمنه الفصل 77 من القانون عـــدد 112 لسنة 1983 المؤرخ في 12 ديسمبر 1983 المتعلق بضبط النظام الأساسي لأعوان الدولة والجماعات العمومية المحلية والمؤسسات ذات الصبغة الإدارية الذي اقتضى صلب فقرته الثانية أنّه " لا يكون للاستقالة مفعول إلاّ إذا قبلت من طرف رئيس الإدارة المعنية."

[461] من ذلك الفصل 21 (جديد) : الاستقالة من الاتفاقية المشتركة القطاعية للتعليم الخاص المنقح بالملحق التعديلي عـــدد 5 الممضى بتاريخ 30 جوان 1999 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 14 جويلية 1999 والصادر الرائد الرسمي عـــــدد 60 المؤرخ في 27 جويلية 1999 والذي اقتضى أنه "لا تنتج الاستقالة إلاّ عن طلب كتابي من الأجير معرّف بإمضائه لدى المصالح الإدارية المختصة وتتوضح فيه إرادته الصريحة وغير المشروطة لمغادرة المؤسسة." / الفصل 18 (جديد) : الاستقالة من الاتفاقية المشتركة القطاعية لصناعة الأحذية وما شاكلها المنقح بالملحق التعديلي عـــدد 8 الممضى بتاريخ 10 مارس 2005 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 29 ديسمبر 2005 والصادر بالرائد الرسمي عـــدد 8 المؤرخ في 27 جانفي 2006، الفصل 18 (جديد) : الاستقالة من الاتفاقية المشتركة القطاعية لصناعة الملابس المنسوجة والجاهزة والمنقح بالملحق التعديلي عـــدد 4 الممضى بتاريخ 12 أوت 1993 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 7 سبتمبر 1993 والصادر بالرائد الرسمي عـــدد 70 المؤرخ في 7 سبتمبر 1993 / الفصل 58 (جديد) : الاستقالة من الاتفاقية المشتركة القطاعية للمصابغ ومعامل التنظيف المنقح بالملحق التعديلي عـــدد 8 المذكور، فتكون بذلك أحكامها أكثر نفعا للأجير طالما عزّزت الصبغة الحمائية له باشتراط التعريف بالإمضاء لاعتماد الاستقالة قانونا واتجه تطبيقها عملا بأحكام الفقرة الثانية من الفصل 31 من مجلة الشغل.

[462] الذي اقتضى أنّ التزام الأمّي الذي لا يحسن القراءة والكتابة لا يمضي حتى يتلقاه عدول أو غيرهم من المأمورين العموميين المأذونين في ذلك."

[463] انظر : القرار التعقيبي المدني عـــدد 3867/2013 المؤرخ في 20 ديسمبر 2013 (غير منشور).
القرار التعقيبي المدني عـــدد 2698/2013 المؤرخ في 13 ديسمبر 2013 (غير منشور).
القرار التعقيبي المدني عـــدد 4761/2013 المؤرخ في 14 فيفري 2014 (غير منشور).
يراجع في هذا الإطار : الصادق العابد، خواطر قانونية في المادة الشغلية، دار الميزان للنشر، تونس، 2007، ص 142.
Voir : BEN SALEM (F.), « La rupture du contrat du travail à durée indéterminée », Infos Juridiques n°6/7, Juillet 2006, p 26.
SAFI (A.), Les relations individuelles de travail, op.cit, p 62.

الشغل. وعلى هذا الأساس يمكن التمييز بين الاستقالة والتخلي عن العمل، فالأولى هي تصرف قانوني من جانب واحد يعبّر بمقتضاه الأجير عن إرادته في إنهاء العلاقة الشغلية، أما التخلّي عن العمل فهو واقعة مادية وليس تصرفا قانونيا لا يمكن الاعتداد بها لاستنتاج إرادة العامل في إنهاء عقد الشغل. وإذا كان الكتب مشترطا لصحة الاستقالة، فإنه يكون من باب أوْلى مشترطا لإثباتها، فلا يجوز قانونا الحديث عن اتفاق شفوي حول تقديم الاستقالة. وبالتالي فإنّ صحة الاستقالة وإثباتها يستوجب وجود الكتب[464]. فإذا توفرت هذه الشروط في الاستقالة عُدّت باتة لا رجوع فيها وتكون نافذة بعد انتهاء أجل التنبيه المسبق[465].وتجدر الملاحظة أنه بموجب الملحق التعديلي عـــــــــــدد 3 للاتفاقية المشتركة الإطارية المؤرخ في 4 ماي 2004 أضيفت فقرة إلى الفصل 20 قبل الفقرة الأخيرة منه ونصّت أنه "**ويمكن للمؤجر إعادة النظر في الاستقالة في ظرف أسبوع بناءً على طلب كتابي في الغرض صادر عن العامل.**"[466]وذلك اعتباراوأنّ العامل قد يتسرّع ويتولى تقديم استقالته بصفة انفعالية، فيحرم بذلك من أقدميته بالمؤسسة ويعاد انتدابه عند الاقتضاء من جديد وفق الشروط التي يحدّدها المؤجر للانتداب[467]. ولتمكين العامل من فرصة للتروّي بخصوص قرار الاستقالة، خوّل هذا الملحق التعديلي للأجير

---

[464] فقد جاء في القرار التعقيبي المدني عـــــدد 53765 المؤرخ في 07 أكتوبر 1996 (غير منشور) أنّ "كتب الاستقالة يكون نافذا ومنتجا لآثاره طالما لم تثبت المعقب ضدها أيّ عيب في صحته ولم تنف وجوده". يراجع عبادة المحجوبي، التعويضات المالية عن إنهاء العلاقة الشغلية بين العامل والمؤجر في كلّ الأنشطة والقطاعات، شركة أوربيس للطباعة، تونس، 2007، ص 100.

[465] باستثناء الفصل 20 من الاتفاقية المشتركة للمطاحن الذي اقتضى أنّه "لا يمكن أن تعتبر الاستقالة ماضية إلاّ إذا كانت صادرة عن مطلب كتابي من العامل يعبّر فيه عن إرادته الصميمة مغادرة المؤسسة بصورة غير مشروطة ولا لبس فيها. ولا تعتبر الاستقالة نافذة المفعول إلاّ بعد مضيّ 24 ساعة من التاريخ المذكور بالاستقالة." والمنقح بالملحق التعديلي عـدد 1 الممضى بتاريخ 2 ديسمبر 1983 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 21 ديسمبر 1983 والصادر بالرائد الرسمي عـدد 8 المؤرخ في 31 جانفي و3 فيفري 1983.

[466] بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية والتضامن مؤرخ في 04 ماي 2004 يتعلق بالمصادقة على الملحق التعديلي عـدد3 للاتفاقية المشتركة الإطارية الممضى بتاريخ 20 أفريل 2004.

يراجع في نفس الإطار : الفصل 36 (جديد) : الاستقالة فقرة 3 من الاتفاقية المشتركة القطاعية لتجارة وتوزيع النفط وجميع مشتقاته المنقح بالملحق التعديلي عـــدد 7 الممضى بتاريخ 10 مارس 2005 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 29 ديسمبر 2005 والصادر بالرائد عـدد 6 المؤرخ في 20 جانفي 2006 / الفصل 18 (جديد) : الاستقالة فقرة أخيرة من الاتفاقية المشتركة القطاعية لصناعة الأحذية وما شاكلها المنقح بالملحق التعديلي عـدد 8 المذكور / الفصل 38 : الاستقالة فقرة 3 من الاتفاقية المشتركة القطاعية للشحن والتفريغ بالموانئ البحرية التجارية التونسية الممضاة بتاريخ 14 جوان 2006 والمصادق عليها بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية والتونسيين بالخارج مؤرخ في 29 جوان 2006 والمنشورة بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 54 المؤرخ في 07 جويلية 2006 / الفصل 19 (جديد) : الاستقالة فقرة 2 من الاتفاقية المشتركة القطاعية لصناعة مواد التنظيف ومبيدات الحشرات المنقح بالملحق التعديلي عـــــدد 8 الممضى بتاريخ 29 ديسمبر 2005 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 17 جانفي 2006 والصادر بالرائد الرسمي عـدد 7 المؤرخ في 24 جانفي 2006 / الفصل 15 : الانقطاع النهائي عن العمل من الاتفاقية المشتركة القطاعية لصناعة الصابون والتكرير واستخراج الزيت والفصل 19 (جديد) : الاستقالة من الاتفاقية المشتركة القطاعية لصناعة مواد التجميل والعطورات، المنقّحيْن بالملحق التعديلي عـــدد 9 الممضى بتاريخ 28 جانفي 2009 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 17 فيفري 2009 والصادر بالرائد الرسمي عـدد 16 المؤرخ في 24 فيفري 2009 / الفصل 40 (جديد) : الاستقالة فقرة 2 من الاتفاقية المشتركة القطاعية لصناعة الدهن المنقح بالملحق التعديلي عـدد 8 الممضى بتاريخ 29 ديسمبر 2005 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 17 جانفي 2006 والصادر بالرائد عـــدد 7 المؤرخ في 24 جانفي 2006 / الفصل 58 (جديد) : الاستقالة فقرة أخيرة من الاتفاقية المشتركة القطاعية للمصابغ ومعامل التنظيف المنقح بالملحق التعديلي عـــدد 8 المذكور.

[467] من ذلك الفصل 19 (جديد) : الاستقالة فقرة ثالثة من الاتفاقية المشتركة القطاعية للمصحات الخاصة الذي اقتضى أنه "يمكن عند الاقتضاء انتداب العامل المستقيل من جديد من قبل المؤجر، وفي هذه الحالة يتعيّن على العامل أن يستجيب لجميع شروط ومتطلّبات الخطة المرشح لها بدون اعتبار وضعيته السابقة داخل المؤسسة" والمنقح بالملحق التعديلي عـــدد 3 الممضى بتاريخ 21 أوت 2009 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 04 سبتمبر 2009 والصادر بالرائد الرسمي عـــــدد 73 المؤرخ في 11 سبتمبر 2009. يراجع كذلك : الفصل 24 : الاستقالة فقرة 3 من الاتفاقية المشتركة القطاعية للكهرباء والالكترونيك الممضاة بتاريخ 8 سبتمبر 1999 والمصادق عليها بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 15 سبتمبر 1999 والمنشورة بالرائد الرسمي عـدد 78 المؤرخ في 28 سبتمبر 1999 / الفصل 21 (جديد) : الاستقالة فقرة 3 من الاتفاقية المشتركة القطاعية للتعليم الخاص والمنقح بالملحق التعديلي عـدد 5 الممضى بتاريخ 30 جوان 1999 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 14 جويلية 1999 والصادر بالرائد الرسمي عـــدد 60 المؤرخ في 27 جويلية 1999 / الفصل 19 (جديد) : الاستقالة فقرة 3 من الاتفاقية المشتركة القطاعية للبناء والأشغال العامة والمنقح بالملحق التعديلي عدد 4 الممضى بتاريخ 1 أوت 1993 و المصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية مؤرخ في 7 سبتمبر 1993 و صادر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 69 و المؤرخ في 14 سبتمبر 1993 / الفصل 18 (جديد) : الاستقالة فقرة 3 من الاتفاقية المشتركة القطاعية لصناعة الأحذية وما شاكلها المنقح بالملحق التعديلي عـــــدد 8 الممضى بتاريخ 10 مارس 2005 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 29 ديسمبر 2005 والصادر بالرائد الرسمي عـــــــدد 8 المؤرخ في 27 جانفي 2006 / الفصل 41 : الاستقالة فقرة 3 من الاتفاقية المشتركة القطاعية لأعوان مؤسسات الحراسة والسلامة ونقل العملة الممضاة بتاريخ 24 فيفري 1989 والمصادق عليها بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 27 جويلية 1989 والمنشورة بالرائد الرسمي عـــدد 58 المؤرخ في 29 أوت 1989 / الفصل 38 : الاستقالة فقرة 4 من الاتفاقية المشتركة القطاعية للشحن والتفريغ بالموانئ البحرية التجارية التونسية المذكورة / الفصل 19 (جديد) : الاستقالة فقرة 4 من الاتفاقية المشتركة القطاعية لصناعة موادّ التنظيف ومبيدات الحشرات المنقح بالملحق التعديلي عـدد 8 المذكور / الفصل 40 (جديد) : الاستقالة فقرة 3 من الاتفاقية المشتركة القطاعية لصناعة الدهن المنقح بالملحق التعديلي عـــدد 8 المذكور... باستثناء الفصل 40 (جديد) من الاتفاقية المشتركة القطاعية لمؤسسات الصحافة المكتوبة الذي اقتضى أنه ويمكن إعادة انتداب العامل المستقيل من قبل المؤجر نفسه حسب مقتضيات هذه الاتفاقية مع إمكانية اعتبار وضعيته السابقة بالمؤسسة." والمنقح بالملحق التعديلي عـــــدد 1 الممضى بتاريخ 31 مارس 1983 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية في 23 أوت 1983 والصادر بالرائد الرسمي عـــــدد 58 المؤرخ في 6-9 ديسمبر 1983.

إمكانية الرجوع في الاستقالة وذلك بتقديم مطلب إلى مؤجره في ظرف أسبوع من تاريخ تقديم الاستقالة[468]. فإذا حظي مطلبه بالموافقة أمكن للعامل مواصلة عمله بالمؤسسة محافظا بذلك على نفس الامتيازات والحقوق الناتجة عن عقد الشغل الرابط بينه وبين مؤجره[469]. ويطرح إنهاء الأجير لعقد شغله بموجب الاستقالة إشكالا هاما يتعلق بشرط عدم المنافسة إذا وقع إدراجه صلب العقد، والذي يتعهد بمقتضاه الأجير بأن يمتنع عند مغادرته للمؤسسة المؤجرة عن ممارسة أنشطة مماثلة سواء بالانتصاب لحسابه الخاص أو بالعمل لدى مؤسسة أخرى منافسة وذلك باستخدام المعارف التي سبق أن تحصل عليها في إطار عقد الشغل المنقضي بما قد يلحق ضررا بالمؤجر السابق. لكن مجلة الشغل لم تتعرض إلى تنظيم شرط عدم المنافسة على الرغم من أهميته وخطورته لما يمثله من تقييد لحرية الأجير. ورغم هذا الفراغ القانوني فإنّ الأحكام التعاقدية لم تكن هي الأخرى أفضل بالنسبة للأجير، إذ تمّ تنظيم هذا الشرط استثنائيا من خلال الاتفاقية المشتركة القطاعية للكهرباء والالكترونيك[470].

وتبعا لذلك فإنّ تحديد محتوى هذا الشرط بقي خاضعا لإرادة الأطراف، وبالأحرى إرادة المؤجر في إدراجه صلب عقد الشغل، تحت رقابة القضاء قصد إعادة التوازن بين طرفيْه[471]. ويبقى السؤال مطروحا عن امتناع المشرع عن التدخل لسد هذا الفراغ التشريعي وتقنين الاستقالة، لا سيما وأن عقد الشغل هو عقد إذعان، فالأجير باعتباره الطرف الخاضع

---

[468] يراجع الفصل 18 (جديد) : الاستقالة من الاتفاقية المشتركة القطاعية لصناعة الأحذية وما شاكلها، المنقح بالملحق التعديلي عـــــدد 8 المذكور، الذي اقتضى في فقرته الأخيرة أنه "للعامل الحقّ في التراجع في الاستقالة في ظرف أسبوع."

[469] عصام الأحمر، إشكالات في نزاعات الشغل، المرجع المذكور، ص46.

[470] صلب الفصل 44 (جديد) : شرط عدم المنافسة (الذي نقح بالملحق التعديلي عـــدد 1 الممضى بتاريخ 29 نوفمبر 2002 والمصادق عليه بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية بتاريخ 12 ديسمبر 2002 والصادر بالرائد الرسمي عـــــدد 103 المؤرخ في 20 ديسمبر 2002) الذي اقتضى أنه : "حفاظا على تواصل نشاط المؤسسات في ظروف عمل عادية، وعلى استقرار مواطن الشغل بها وتشجيع المؤسسات على رفع الكفاءة المهنية لعمالها، وعلى تشغيل الشباب من حاملي الشهادات العليا، وبهدف معالجة ظاهرة المنافسة غير النزيهة، يمنع على العمال المنتدبين لمدة غير محددة من صنفي الإطارات والتسيير الذين يغادرون عملهم تلقائيا، العمل لدى مؤسسة منافسة للمؤسسة التي غادروها أو الانتصاب لحسابهم الخاص في نفس نشاط مؤجرهم وذلك لمدة سنتين وفي شعاع مائة كلم عن المقر الاجتماعي وينطبق هذا التحجير على العمال المحالين على التقاعد.

في صورة عدم احترام هذه التراتيب، فإنه وبناءً على الفصل 26 من م.ش، يستوجب دفع منحة التعويض للمؤجر القديم طبقا لما جاء بعقد الشغل الممضى بين العامل ومؤجره القديم فيما يخص هذه المسألة.

وفي صورة عدم التنصيص على ذلك بعقد الشغل، فإنه يتم تحديد هذه المنحة بالاعتماد على الأجر الذي يتقاضاه العامل المعني وأقدميته بالمؤسسة وخطته الوظيفية. كما يمكن اعتماد مقاييس أخرى إن وجدت، وبالاعتماد على رأي الخبراء. ويعتبر المؤجر الجديد متضامنا في المسؤولية مع العامل المغادر في التنفيذ وعن كل ضرر لحق بالمؤجر القديم.

وفي صورة عدم التنصيص على ذلك بعقد الشغل بالنسبة للإطارات، فإن مبلغ هذه المنحة التعويضية لا يقل عن الأجر الخام لشهرين اثنين عن كل سنة أقدمية بالمؤسسة للعامل المعني. وفي هذه الحالة، يتم دفع هذه المنحة من طرف المؤجر الجديد."

[471] في غياب أحكام خاصة بقانون الشغل تنظم شرط عدم المنافسة، يطرح التساؤل عن مدى إمكانية اعتماد فقه القضاء على أحكام الفصل 118 من مجلة الالتزامات والعقود لضبط شرط عدم المنافسة من حيث المدة ومن حيث الامتداد الجغرافي لتجنب الإجحاف بحقوق الأجير خصوصا وأنه اكتفى بأحد الشرطين بأن أوجب لصحة شرط عدم المنافسة توفر حدود زمانية أو مكانية، مما يدفع للبحث صلب مجلة الشغل عن نص خاص يضبط الحدّ الزمني لهذا الشرط ومدى إمكانية تطبيق أحكام الفصلين 147 و148 من هذه المجلة الذين ضبطا أجال سقوط كافة الدعوى بين المؤجرين والأجراء بمرور عام من انتهاء علاقات الشغل. وتبعا لذلك فإنّ حق المؤجر في القيام ضدّ الأجير استنادا إلى شرط عدم المنافسة يسقط بمضيّ عام من تاريخ انتهاء العلاقة الشغلية، وعليه فإنّ مدة إعمال شرط عدم المنافسة لا يمكن أن تتجاوز سنة من تاريخ انتهاء العلاقة الشغلية. يراجع : عصام الأحمر، إشكالات في نزاعات الشغل، المرجع السابق، ص 232 / محمد نزار الطبربي، بند عدم المنافسة في عقد الشغل، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2010 .

MECHRI (F.), Le droit du travail en Tunisie, op.cit, p 133 / ASLI (N.), Les clauses de non-concurrence en droit du travail, Mémoire pour l'obtention du Diplôme des Etudes Approfondies en droit des affaires, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, 2002. / ABID FAKHFAKH (I.), La clause de non-concurrence du salarié, Mémoire pour l'obtention du Mastère en Droit Social, Faculté de Droit et des Sciences Economiques et Politiques de Sousse, 2008./ MONGI (T.), « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail, Revue des Inspecteurs de Travail, Association Tunisienne des Inspecteurs de Travail, Tunis, 2010, p148.

Voir Cass.sociale n°12-19.472 du 15 janvier 2014, Le Droit Ouvrier n°788, La Confédération Générale du Travail, Paris, mars 2014, p 512.

لتبعية مزدوجة، قانونية واقتصادية، سيرضخ لإرادة المؤجر في إدراج هذا الشرط، لتتقيد إرادته عند تكوين العقد، ثم عند إنهائه في صورة رغبته في الاستقالة، ليجد نفسه مقيدا بآثاره. في ظل هذا الفراغ التشريعي تبرز إذن ضرورة التقنين للحد من آثاره وإعادة الحرية للأجير في ممارسة حقه في الاستقالة. وفي انتظار تدخل المشرع لوضع إطار قانوني يحكم الاستقالة من حيث شروطها وآثارها، ويعيد التوازن لطرفي عقد وُصف بعقد إذعان، يبقى هذا العمل محاولة لوضع الإصبع على نقائص التشريع وإثباتا لزيف ونسبية مبدإ كمال التشريع، عفوا سادتي فكمال التشريع يبقى مقصد المشرع، غايةٌ تُطلب فلا تُدرك.

الإضراب في مجلة الشغل

آمـــنـــة خـــــــذري.

باحثة بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

شهدت العلاقات الشغلية تطورا ملحوظا من علاقات ثنائية تربط بين مؤجر وأجير يكون فيها هذا الأخير تحت سلطة الأول إلى علاقات جماعية تربط بين مؤجر وعدد من الأجراء تحكمها روابط قانونية وتنظمها . " فأصبح العمال الذين يعيشون نفس ظروف العمل داخل المؤسسة يفضلون التعامل جماعيا مع صاحب المؤسسة سواء كان عن طريق النقابة أو عن طريق نواب يختارونهم وذلك لما للتعامل الجماعي من تقوية لمركزهم التفاوضي ومن نجاعته في بلوغ المطالب المهنية"[472].

تعتبر علاقات الشغل الجماعية بالأساس علاقات تنازعية وتصادمية فهي تتميز بكثرة النزاعات لتعدد أسبابها ودوافعها. وعند تطور هذه النزاعات تأخذ شكل الإضراب إذا صدرت عن العمال وشكل الصد عن العمل إذا صدرت عن المؤجر. بالتالي لكل طرف وسيلة ضغط قانونية يمارسها في مواجهة طلبات الطرف الآخر عند قيام نزاع بينهما محوره مطالبة بمصالح مهنية.

تعترف أغلب دول العالم بالإضراب كحق من الحقوق الأساسية الإنسانية للعمال، وهو وسيلة مشروعة للمطالبة بحقوقهم الإقتصادية والإجتماعية والدفاع عنها إزاء سلطة ونفوذ المؤجر، وقد كان ينظر إليه قديما كوسيلة عنف وتهديد ومصدرا للفوضى وعدم إستقرار في العلاقات الشغلية.

والإضراب لغة كلمة مشتقة من فعل أضرب، يضرب ، إضرابا ويقصد به الإمتناع و الإنقطاع عن فعل شيء معين[473].

لم يعرف المشرع التونسي الإضراب بل إقتصر على تنظيمه وتحديد شروط ممارسته في الباب الثالث عشر من مجلة الشغل تحت عنوان " تسوية نزاعات الشغل الجماعية" في الفصول 376 جديد وما بعده.

وقد تدخل فقه القضاء عن طريق محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة لتجاوز هذا الفراغ وأعطت تعريفا للإضراب كونه " توقف مجموعة من العملة معا قصد تحقيق طلبات مهنية وهو يقوم خلافا للعقد ويستمد شرعيته من القانون الذي خوله للأجراء وفق شروط معينة وإجراءات محددة باعتباره وسيلة تمكنهم من الدفاع عن مصالحهم والحصول على تعديل في شروط العمل وفي مجابهة ما يتمتع به المؤجر من وسائل تنظيمية واقتصادية تجعل من الأجير تابعا له".[474]

تعددت التعريفات الفقهية للإضراب، فتم تعريفه على أنه " كل توقف جماعي عن العمل بصورة مؤقتة ومتفق بشأنها بين العمال وذلك بهدف الضغط على صاحب العمل لتحقيق مطالب مهنية".[475]

وعرفه الأستاذ نوح العذاري بأنه " وسيلة مجابهة بيد الأجراء للدفاع عن مصالحهم المهنية".

وبما أن الإضراب حق جماعي فهو " يمارس في إطار العمل النقابي كوسيلة للحد من نفوذ المؤجر وخلق سلطة مضادة إزاءه"[476]

فهو إذا وسيلة ضغط يمتلكها العمال تحت تأطير نقاباتهم للدفاع عن مصالحهم المهنية.

---

472 **محمد الزمني تاريخ قانون العمل في تونس ، مجلة العمل والتنمية 1983 ، ص 118.**

473 **معجم الوسيط الجزء الأول ، الطبعة 3 ، ص 557.**

474 **قرار تعقيبي مدني عدد 45664 ، دوائر مجتمعة مؤرخ في 23 نوفمبر 1995، قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة العقيب لسنة 1995-1996 ، ص 18.**

475 **Javillier (J .c.)et Siney(H) , la grève , traité de droit du Travail, T.6, Dalloz 1984, p 173 .**

476 **النوري مزيد ، الطرد إثر الإضراب ، مجلة بحوث ودراسات قانونية ، العدد الاول ، جوان 1992 ، ص 116.**

ويعتبر الإضراب واقعة مادية " شكل عبر مختلف العصور وسيلة عبّر بها العمال عن إحتجاجهم على أشكال الإستغلال الصارخ وقساوة ظروف العمل"[477].

عرفت العديد من الحضارات ظاهرة الإضراب مثل الحضارة الفرعونية[478]والحضارة الرومانية.

إبّان الثورة الصناعية في القرن التاسع عشر بدأت الإضرابات تكتسب دورا بارزا في ظل وجود المصانع والمناجم العملاقة وظهرت معها موجات الإضرابات لما أفرزته الثورة الصناعية من تفاوت طبقي بين طبقة مستغلة لا تملك سوى قوة عملها وطبقة مالكة لوسائل الإنتاج تمارس سلطتها على الطبقة العمالية الضعيفة، وبيدها السلطة السياسية التي شرّعت بها عدم شرعية الإضراب.

" هذا التفاوت بين الطبقتين إلى جانب تضارب المصالح بينهما جعل علاقات العمل التي تربط بين العمال والمشغلين تأخذ صبغة نزاعية تجسدت في تطور ظاهرة الإضرابات في أوروبا".[479]

يعود تاريخ الإضرابات في تونس إلى القرن العشرين وقد تميزت بطابعها العفوي والعشوائي لأنها لم تكن منظمة في إطار هيكل نقابي ، وكانت في مظهرها في شكل تكتلات عمالية متعددة الجنسيات لها نفس المطالب المهنية. وكانت هذه الإضرابات ترمي إلى الحصول على " الحق النقابي والدفاع عن الحقوق المادية والمعنوية كالتخفيض في ساعات العمل والزيادة في الأجور..."[480]

استمدت شرعية ممارسة حق الإضراب في تونس من نضالات العمال عبر التاريخ و يجد أسسه القانونية في المواثيق الدولية المتمثلة في العهد الدولي الخاص بالحقوق الإقتصاديةوالإجتماعية والثقافية الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966 الذي ينص في المادة 8 على أن تتعهد الدول الأطراف بكفالة "حق الإضراب شريطة ممارسته وفق قوانين البلد المعني"، وهو النص القانوني العالمي الوحيد الذي يعترف بحق الإضراب. وصادقت عليه البلاد التونسية بمقتضى القانون عدد 30 المؤرخ في 29 نوفمبر 1968 .

و لم تتضمن الإتفاقيات و التوصياب الصادرة عن المنظمة الدولية للعمل على إقرار صريح بالحق في الإضراب حيث إقتصرت على ضمان الحق النقابي في كل من الإتفاقية عدد 87 لسنة 1948 المتعلقة بالحرية النقابية وبحماية الحق النقابي والتي صادقت عليها تونس بمقتضى أمر علي مؤرخ في 11 جوان 1957، والإتفاقية عدد 98 لسنة 1948 المتعلقة بحق التنظيم والمفاوضة الجماعية والتي صادقت عليها تونس بمقتضى أمر علي مؤرخ في 25 أفريل 1957 ، واعتبر الخبراء التابعين للمنظمة الدولية للعمل أن حق الإضراب هو بمثابة إمتداد طبيعي للحق النقابي.

كذلك الدستور الجديد للجمهورية التونسية المؤرخ في 26 جانفي 2014 الذي إعتبره حق مقرون بالحق النقابي في الفصل 36 إذ نص على أن " الحق النقابي بما في ذلك حق الإضراب مضمون".

وتم تنظيمه أيضا في مجلة الشغل في الباب الثالث من الكتاب الثالث عشر تحت عنوان "تسوية نزاعات الشغل الجماعية" صلب الفصول 376 وما بعده .

يكتسي حق الإضراب أهمية كبرى باعتباره آلية للنهوض بوضعية الأجراء ومعاضدة الحق في التفاوض ووسيلة ضغط على المؤجر وإعادة التوازن في العلاقات الشغلية.

477**Ray (J)-(E) ; les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève, libraires Techniques, 1985,p 136 .**

478**وقع في دير المدينة 1152 قبل الميلاد ضد رمسيس الثالث.**

479**Javillier (J .c.)et Siney(H) ; Op. cit. , p 13 .**

480**التوهامي الهاني ، الحرية النقابية العمالية في الوطن العربي، الإتحاد العام التونسي للشغل 1991، ص 152.**

كما أن ممارسة هذا الحق ليس مطلقا بل هو مقيد بضوابط قانونية واجبة الإحترام، يقع ردع كل من يخالفها، ويعني هذا أن المشرع التونسي يتخذ موقفا حذرا من الإضراب فهو " لا يجيزه ولا يقر بشرعيته إلا إذا لم يتجاوز الحدود التي ضبطها له "[481] .

فهل يعد الإضراب في مجلة الشغل وسيلة فاعلة بيد العمال للدفاع عن مطالبهم المهنية ؟

سيقع الإجابة على هذا التساؤل بتحليل الاحكام القانونيبة المتعلقة بالإضراب في مجلة الشغل في جزأين رئيسيين يتناول الأول الإضراب حق مقنن (1) لنبين في جزء موالي الإضراب حق مهدد (2).

الجزء الأول: الإضراب حق مقنن

كرس المشرع التونسي جملة من النصوص القانونية التي تهدف إلى حماية حرية العمل فقيد ممارسة حق الإضراب بجملة من الشروط القانونية الموضوعية (أ) والإجرائية (ب) وشدد على توفرها حتى يكون الإضراب شرعي .

أ- الشروط الموضوعية:

نظّم المشرع التونسي حق الإضراب وقيّد ممارسته بشروط أصلية ضمنها في الباب الثالث عشر من الكتاب السابع لمجلة الشغل تحت عنوان " تسوية نزاعات الشغل الجماعية " ، ويقتضي اللجوء إلى الإضراب بالضرورة وجود نزاع شغل جماعي بين الأجراء والمؤجر قائما على أسباب مهنية .

ولئن إقترنت ممارسة حق الإضراب بوجود نزاع جماعي يستنتج من تنظيم حق الإضراب في باب تسوية نزاعات الشغل الجماعية ، فإن المشرع التونسي لم يعرف مفهوم نزاع الشغل الجماعي.

ولكن يفهم من قراءة للفصل 376 من مجلة الشغل [482] أن النزاع الجماعي للعمل هو " خلاف ينشأ، بمناسبة القيام بالعمل، بين المؤجر ومجموعة من العمال إما مباشرة أو بواسطة نقابتهم التي تمثلهم وذلك حول مطلب مهني ما أو عدة مطالب مهنية يسعى الطرف العمالي لتحقيقها"[483].

واعتبرت محكمة التعقيب أنه " يستخلص من أحكام الفصل 376 وما بعده من مجلة الشغل أن نزاعات الشغل الجماعية هي كل صعوبة تنشأ بين مؤجر ومجموع عملته حول تنفيذ عقد الشغل ويكون من شأنها أن تثير نزاع شغل جماعي وعادة ما يكون موضوعها مصالح أو حقوقا مشتركة بين سائر أولئك الأجراء"[484] وبالتالي يعد النزاع جماعي إذا كان يهم جميع العمال أو مجموعة منهم سواء كانوا منخرطين في نقابة أو عدة نقابات أو غير منخرطين، في مجابهة المؤجر أو مجموعة من المؤجرين، وتعلّق بمصالحهم المشتركة مثل المطالبة بتطبيق نص قانوني، إتفاق ، إتفاقية مشتركة، تحسين ظروف العمل ، زيادة الأجور، حصول على منح وغيرها من المطالب المتعلقة بالظروف الاجتماعية والاقتصادية للأجراء.

وهذا التعريف يؤكد على أن حق الإضراب لا يمكن ممارسته في النزاعات الفردية ، وبالتالي يجب التمييز بين نزاع الشغل الجماعي ونزاع الشغل الفردي، وقد ذهبت محكمة التعقيب عند تمييزها بين نزاع شغل فردي ونزاع شغل جماعي

---

481 محمد محفوظ : الإضراب في القانون الجنائي التونسي ، المجلة القانونية التونسية لسنة 1984 ، ص 13.

482 نقح بالقنون عدد 84 لسنة 1976 المؤرخ في 11 أوت 1976 ، ثم بالقانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994.

483 كمال عمران: التجربةالتونسية في مجال تسوية المنازعات العمالية ، المركز العربي لإدارة العمل والتشغيل- تونس ،أعمال الدورة التدريبية بولة الكويت ، 15-17 نوفمبر 2009 ، ص 48.

484 قرار تعقيبي مدني عدد 23002 بتاريخ 27 جانفي 2005.

إلى إعتبار أنه " إذا كان النزاع بين المؤجر وأحد عملته وكان موضوعه لا يتعلق إلا بمصلحة أو حق هذا العامل فهو نزاع فردي ومن إختصاص دوائر الشغل ولو تعددت حالات النزاع بتعدد الأجراء إذ العبرة في نزاعات الشغل الجماعية باتحاد الحق أو المصلحة مثار النزاع وليس بتعدد الأجراء مادام كل واحد منهم يطالب بحق أو بمصلحة فردية لا تخص إلا شخصه".[485]

يقتضي مفهوم نزاع الشغل الجماعي توفر شرطين أساسيين هما ضرورة أن يقترن هذا النزاع بوجود إرادة جماعية لعدد من العمال قصد التعبير عن مطالبهم المهنية تجاه المؤجر أو المؤجرين المعنيين بالنزاع ، وكذلك ضرورة أن يقترن هذا النزاع بوجود مصلحة مشتركة لهؤلاء العمال من حيث شروط العمل التي أثير حولها النزاع".[486]

يتعين إذا توفر معيارين متكاملين في النزاع جماعي الأول عددي أي أن يكون أحد الأطراف مجموعة من العمال مؤطرين تأطيرا قانونيا في شكل نقابة أو تأطيرا واقعيا في شكل مجموعة من العمال. أما الثاني فهو معيار نوعي متعلق بطبيعة المصلحة أي أن يكون هدف العمال الدفاع عن مصالحهم المشتركة. فالنزاع الذي يكون موضوعه مصلحة خاصة بعامل لا يعد نزاع جماعي.

لا يكفي أن يكون النزاع جماعي ويهم مصالح مشتركة للعمال حتى يبرر الإضراب بل يجب أن يكون له أسباب مهنية.

لم يشترط المشرع صراحة وجوب تعلق الإضراب بأسباب مهنية تبرره ، ولكن يمكن إستنتاج ذلك ضمنيا من أحكام الفصل 376 من مجلة الشغل ، إذ ربط المشرع حق الإضراب بوجود صعوبة تنشأ بين المؤجر والعملة من شأنها أن تثير نزاع شغل جماعي وهو ما يقتضي بالضرورة أن يقترن بأسباب مهنية باعتباره يندرج ضمن العلاقة الشغلية القائمة بين المؤجر والعملة.

تمثل الأسباب المهنية دافعا أساسيا للإضراب وشرطا جوهريا لإضفاء الصبغة الشرعية عليه، ولكن المشرع لم يعرفها ولم يحددها في قائمة ويطرح هذا تساؤلا حول مفهومها.

يمكن إستنتاج الصبغة المهنية لهذه الأسباب من خلال إشتراط المشرع ذكر سبب الإضراب في التنبيه المسبق وربط ممارسة حق الإضراب بوجود نزاع شغل جماعي أثارته صعوبة نشأت بين المؤجر والعمال مرتبطة بالعلاقات المهنية بين الطرفين.

كما أن ممارسة حق الإضراب يستوجب قانونا مصادقة المنظمة النقابية المركزية وبالرجوع إلى دور النقابة نجده ينحصر في الدفاع عن المصالح المهنية للعمال الذين تمثلهم لا غير تطبيقا لأحكام الفصل 243 من مجلة الشغل.

ويجب أن يؤدي النزاع الجماعي إلى توقف جماعي عن العمل أو ما يعبر عنه بالإضراب ، فهو حسب تعريف بعض الفقهاء " توقف كلي وإرادي وجماعي عن العمل يقوم به البعض من العملة أو جميعهم من أجل تحقيق مطالب مهنية".[487]

وحسب الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب هو" توقف مجموعة من الأفراد معا عن العمل قصد تحقيق طلبات مهنية ، وهو يتم خلافا للعقد ويستمد شرعيته من القانون الذي خوله للأفراد وفق شروط وإجراءات محددة".[488]

تعتبر الأسباب المهنية لنزاعات الشغل الجماعية أساسا لإضفاء الصبغة الشرعية على الإضراب، ويترتب على عدم مراعاتها نفي الصبغة الشرعية عليه ويعرّض القائمين به إلى عقوبات ، ولا يمكن حصر هذه الأسباب نظرا للتطور المطرد للعلاقات الشغلية ولأنماطها ، وتطور القوانين الشغلية .

---

485 قرار تعقيبي مدني عدد 23002 صادر عن الدوائر المجتمعة بتاريخ 17 جانفي 2005 مجلة القضاء والتشريع عدد 10 لسنة 2005 ، ص 325 .

486 شاكر الساحلي : نزاعات الشغل الجماعية وطرق تسويتها في قانون الشغل التونسي ، سلسلة كراسات قانون الشغل والعلاقات المهنية، ص 12.

487 NoeLadhari ; Traité du Travail et de Sécurité Sociale.

488 قرار تعقيبي مدني صادر عن الدوائرها المجتمعة تحت عدد 44884 المؤرخ في 23 نوفمبر 1995 ، قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1995-1996 ، ص 4.

وعموما يمكن تقسيم هذه الأسباب المهنية التي تبرر الإضراب إلى نوعين ، تتعلق الأولى بالنزاعات حول تطبيق القانون أو تأويله، حيث يرى العمال أن المؤجر لم يطبق نص قانوني أو إتفاقية أو أساء تطبيقها فيلجؤون إلى الإضراب للضغط عليه من أجل الإستجابة إلى مطالبهم المتمثلة في تطبيق النصوص القانونية أو الإتفاقيات. أما النوع الثاني من الأسباب المهنية فتتعلق بالمطالب ذات صبغة مادية ومطلبية وتتعلق بالأوضاع المادية والإجتماعية العمال ومنها الترفيع في الأجور تحسين ظروف العمل ...

يترتب على هذا أن التوقف الجماعي عن العمل "يفقد صبغته الشرعية إذا كان قائما على أسباب غير مهنية ، كأن يتعلق الأمر بشن إضراب من أجل دوافع سياسية بحتة"،[489] وقد وقد أدان فقه القضاء التونسي الإضراب السياسي من خلال الحكم عدد 15 المؤرخ في 15 أوت 1978 الصادر عن محكمة أمن الدولة ، حيث تمت محاكمة عدد من المضربين والقادة النقابيين أمام محكمة أمن الدولة بتهمة التآمر ضد أمن الدولة الداخلي.

وعلى المستوى الدولي أقرت لجنة الخبراء القانونيين بمنظمة العمل الدولية بصعوبة التمييز بين الإضرابات السياسية والمهنية نظرا لتشابك الأبعاد الاجتماعية والسياسية و الاقتصادية ببعضها البعض. فالإضراب إضافة إلى مساهمته في تحقيق المطالب العمالية ، فإنه يساعد على نشر الوعي وتدعيمه لدى الطبقة العمالية ، وهو ما يشكل " عامل تغيير للهياكل السياسية والاقتصادية في الدولة مما يستدعي إنجاح الطرق الودية لتسوية المنازعات العمالية الجماعية القائمة بإزالة العوامل التي تزيد من حدّة التوتّر.[490]

أما الإضراب التضامني فقد شكل ظاهرة على مستوى العلاقات الشغلية رفضته محكمة التعقيب التي قررت أن " إضراب المساندة لعامل فصل ولو تعسفيا واحترمت فيه الإجراءات القانونية الواردة بالفصل 376 من مجلة الشغل وما بعده ، يعتبر إضرابا غير شرعي لأن من حق المؤجر فصل أحد عملته تعسفيا وليس للعامل المفصول إلا المطالبة بحقوقه وليس لزملائه الحق في الإضراب مساندة له."[491]

هذا الموقف الذي إتخذته محكمة التعقيب لا يتماشى مع تطور أهداف قانون الشغل الذي بالإضافة إلى كونه يمثل قانونا لعقد الشغل أصبح أيضا قانونا للديمقراطية الإجتماعية." [492]

إنما يؤكد على تقييد ممارسة حق الإضراب في المطالب المهنية لا غير وإتباع جملة الشروط والضوابط القانونية المنظمة له تطبيقا لأحكام الباب الثالث عشر من الكتاب السابع من مجلة الشغل.

ما يمكن إستنتاجه من خلال إستعراض الشروط الموضوعية الواجب التقيد بها حتى يكون الإضراب شرعيا أن هذه الشروط تقوم على مفاهيم قانونية كالنزاع الجماعي ، المصلحة المشتركة ، الأسباب المهنية لم يعرفها المشرع ولم يشترطها صراحة وإنما وقع إستنتاجها من الفصول 376 وما بعده من مجلة الشغل كما تعددت التعريفات الفقهية والفقه قضائية بشأنها والتي إستقرت على إعتبارها شروط أصلية رتّبت عن عدم مراعاتها نزع الصبغة القانونية على الإضراب وتعرض المشاركين فيه إلى عقوبات مدنية وجزائية.

وبالتالي فتح المجال أمام فقه القضاء لاستعمال سلطته التقديرية في تكييف الإضراب وإضفاء الصبغة الشرعية عليه من عدمها بناءا على مدى توفر هذه الشروط الموضوعية. وهو ما يؤدى إلى توسيع صلاحيات القاضي في تقدير قانونية الإضراب من عدمها والتي قد تتأثر بالتوجهات العامة في التضييق على ممارسة حق الإضراب أو توسيعها.

---

489 **النوري مزيد: المرجع السابق ، ص 187.**

490 **"محمد هلال ، مساهمة في توضيح مختلف مسألة منازعات العمل الجماعية حول تشريعات العمل العربية.**

491 **" قرار تعقيبي مدني عدد 35284 بتاريخ 8 أكتوبر 1992، النشرية ، ص 89.**

492 **H. Sinay et J.C Javillier Op. cit. ,p 204.**

والملاحظ أن فقه القضاء متأثر بتوجهات المشرع في حماية الحق في العمل من خلال التشدد في إضفاء الصبغة الشرعية على ممارسة العمال لحق الإضراب.

إن هذه الوضعية كانت تسمح للقاضي بمواكبة تطور تشريع الشغل وتوسيع نطاقه لحماية حقوق العمال وبالتالي إستعمال سلطته التقديرية في تفسير القواعد القانونية لصالح العمال بما يمكن من تحرير حق الإضراب من القيود .

إن توفر الشروط الموضوعية للإضراب لا تكفي لوحدها حتى تضفي عليه الصبغة القانونية بل لابد من توفر شروط إجرائية نص عليها المشرع صراحة صلب مجلة الشغل.

ب- الشروط الإجرائية:

نظم المشرع التونسي ممارسة حق الإضراب في مجلة الشغل وذلك بوضع شروط إجرائية لابد من توفرها لإكسائه الصبغة الشرعية والقانونية، وجاءت هذه الشروط تكريسا لمبدأ المساواة والتوازن بين الأطراف المتنازعة من خلال إلزام المؤجرين والعمال بإتباع نفس الإجراءات عند اتخاذ قرار الإضراب أو الصد عن العمل.

أوجب المشرع التونسي عند نشوب نزاع جماعي بين العمال والمؤجر إجراء محاولة صلحية بواسطة اللجنة الإستشارية للمؤسسة التي أحدثت بموجب القانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 ، إذ نص الفصل 376 من مجلة الشغل أنه " يتعين عرض كل صعوبة تنشأ بين المؤجر والعملة من شأنها أن تثير نزاع جماعي على اللجنة الإستشارية للمؤسسة قصد إيجاد حلول لها ترضي طرفي النزاع".

والملاحظ أن عرض النزاع الجماعي على هياكل الحوار داخل المؤسسة لم يكن إجباريا إلى حدود تنقيح الفصل 376 من مجلة الشغل بموجب تنقيح 1994 حيث أصبح منذ ذلك التاريخ عرض النزاع على اللجنة الاستشارية للمؤسسة وجوبيا ، والهدف من إحداثها هو تدعيم الحوار داخل المؤسسة لإرساء السلم الاجتماعي.

تنظر اللجنة الاستشارية للمؤسسة في النزاع المعروض عليها بتركيبة متناصفة تتألف من ممثلين عن إدارة المؤسسة وممثلين عن العمال، ويترأس هذه اللجنة رئيس المؤسسة، وتعقد إجتماعاتها داخل المؤسسة يعرض خلاله النزاع وتناقش أسبابه والحلول الممكنة له ، ويعمل الأطراف على إيجاد أرضية تفاهم لإنهاء النزاع بالطرق السلمية.

لكن رغم وجوبية عرض النزاع على هذه اللجنة فإن الحلول وآراء اللجنة تبقى إستشارية وغير ملزمة للطرفين الذين يبقى لهما الخيار في قبول هذه الحلول من عدمها.

"وبالتالي فعرض النزاع الجماعي على اللجنة الاستشارية للمؤسسة بقي إجراءا شكليا بحتا تعتمده الأطراف الاجتماعية فقط لإضفاء الصبغة الشرعية على قرارات التوقف الجماعي التي قد تتخذها إثر ذلك"[493].

نظرا للطابع الملزم لهذا الإجراء المتعلق بوجوب عرض النزاع على اللجنة الاستشارية للمؤسسة يترتب عن مخالفته عدم شرعية كل قرار بالإضراب بني عليه. لكن " في الواقع العملي هذا الإجراء لا يحترم إلا نادرا من قبل الأطراف الاجتماعية التي إستمرت في تجاهلها لهذا الشرط القانوني".[494]

الشرط الإجرائي الثاني الذي يتحتم مراعاته قبل اللجوء إلى الإضراب نص عليه الفصل 376 مكرر من مجلة الشغل وهو توجيه " تنبيه " مسبق من قبل الطرف المعني للطرف الآخر تزامنا مع توجيهه إلى المكتب الجهوي للتصالح أو إن تعذر ذلك إلى التفقدية الجهوية للشغل المختصة ترابيا .

493رجاء الخضراوي تسوية نزاعات الشغل الجماعية ، رسالة لنيل شهادة ختم الدروس ، المعهد الأعلى للقضاء ، الفورج التاسع 1997-1998.ص 33.

494شاكر الساحلي ، مرجع سابق، ص 29.

وتجدر الإشارة إلى أن المكاتب الجهوية للتصالح والمكتب المركزي للتصالح التي أحدثها المشرع بموجب القانون عدد 84 لسنة 1976 المؤرخ في 11 أوت 1976 المتعلق بتنقيح وإتمام مجلة الشغل لم يقع تركيزها إذ لم يصدر إلى اليوم نص قانوني أو أمر تطبيقي لتنظيمها وضبط مشمولاتها، وبقيت تفقدية الشغل الهيكل الوحيد المتعهد بالنظر في نزاعات الشغل الجماعية والمكلف بتلقي التنابيه المسبقة بالإضراب.

ويمثل التنبيه المسبق وسيلة إعلام يوجهها الطرف المعني إلى بقية الأطراف قبل التوقف الجماعي عن العمل.

يجب أن يوجّه التنبيه المسبق قبل عشرة أيام من تاريخ الدخول في الإضراب، ويبدأ سريان مفعول التنبيه " بداية من إشعار المكتب الجهوي للتصالح أو التفقدية الجهوية للشغل".[495]

" إذا لم يسبق قرار الإضراب تنبيه موجه إلى الأطراف الأخرى فإن الإضراب يكون غير شرعي وتقطع علاقات الشغل بمفعول الطرف المسؤول عن عدم مراعاة هذه الأحكام.[496] ، فالإضراب الفجئي مهما كانت أسبابه والدوافع له يعتبر إضرابا غير شرعي لاستحالة إعتباره مستكملا للشروط الشرعية القانونية".[497]

ونلاحظ هنا مسايرة القاضي للمشرع التونسي في التفريق بين الإضراب القانوني وغير القانوني إعتمادا على إحترام إجراء شكلي من عدمه والمتمثل في توجيه التنبيه المسبق ، دون الاخذ بمضمون الإضراب الذي يمكن أن يكون شرعيا بناءا على المصلحة التي يحميها ، ونستنتج ان الإضراب قد يكون قانونيا لاحترامه الشروط الشكلية ولكنه ليس مشروعا ، والعكس فقد يكون الإضراب شرعي ولكنه غير قانوني .

وعمليا يوجه التنبيه المسبق بالإضراب بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ ، وتعد هذه الطريقة وسيلة إثبات قاطعة لتبليغ التنبيه المسبق بالإضراب من المعني بالأمر وتلقي برقية التنبيه من الطرف الموجه له ، وتمثل أيضا حجة لتحديد التاريخ الفعلي لبداية إحتساب أجل العشرة أيام التي تسبق الإضراب.

يجب أن يتضمن التنبيه المسبق البيانات الوجوبية التالية :

مكان الإضراب أي ذكر إسم المؤسسة وعنوانها و إسم المسؤول عنها وطبيعتها وعدد عمالها وهياكل الحوار وتمثيل العملة داخلها، وهذه المعطيات تمكن الهياكل المكلفة بالتصالح من المعلومات اللازمة لتكييف الإضراب وتحديد حجمه.

تاريخ الدخول في إضراب أي بدايته وذلك لمعرفة إحتساب أجل العشرة أيام للقيام بالمحاولة الصلحية.

مدة الإضراب أي بيان بدايته ونهايته لتفادي الإضراب الفجئي ففي صورة الإخلال بهذا الشرط فإن التنبيه المسبق المتضمن إعلاما بالقيام بإضراب " مفتوح " أي دون ذكر المدة يكون فاقدا لأحد شروطه القانونية.

سبب الإضراب أي بيان الأسباب والدوافع التي أدت إلى إتخاذ قرار تنفيذ الإضراب، ولم يفرض المشرع في الفصل 376 م ش ثالثا جديد تحديد أسباب معينة للإضراب ، ولكن " يمكن حصر سبب التوقف الجماعي عن العمل في الدوافع ذات الصبغة المهنية بما أن النقابة هي التي تؤطر العمال في تحركاتهم الجماعية والتعبير عن مطالبهم المهنية".[498] كما أن مشروع تنقيح مجلة الشغل سنة 1994 في صياغته الأولى يتضمن فقرة تنص على أن سبب الإضراب " يجب أن يتعلق بمصالح مهنية مشتركة بين العمال".[499]

---

[495] **الفصل 376 مكرر من مجلة الشغل أضيف بالقانون عدد 29 لسنة 1994 في 21 فيفري 1994 .**

[496] **" قرار تعقيبي مدني عدد 11787 ، مؤرخ في 23 سبتمبر 1985.**

[497] **قرار تعقيبي مدني عدد 35284 مؤرخ في 8 أكتوبر 1992 . ن م ت سنة 1992 ، ص 89.**

[498] **N.Mzid :La liberté syndicale en droit Tunisien, Thèse d'Etat, F.D.S.P.T. 1995.**

[499] **مداولات مجلس النواب عدد 32 8 و 9 فيفري 1994 ، الرائد الرسمي عدد 1 ، سنة 1994.**

الشرط الإجرائي الثالث الذي نص عليه الفصل 376 مكرر من م ش فيتمثل في وجوب "مصادقة المنظمة النقابية المركزية للعمال على الإضراب ، وهذه المصادقة يجب أن تكون سابقة للإضراب.ولم تعرف مجلة الشغل المنظمة النقابية المركزية ولم تبين الإجراءات التي يجب إتباعها للموافقة على الإضراب، وتم تجاوز هذا الغموض بالرجوع إلى دليل الإجراءات الخاص بالإدارة العامة لتفقدية الشغل والمصالحة الذي عرّف المنظمة النقابية المركزية للعمال بأنها المكتب التنفيذي الموسع للمنظمة العمالية وهي تشمل أعضاء المكتب التنفيذي المركزي والكتاب العامين للإتحادات الجهوية للشغل.

وبالتالي فالمصادقة يمكن أن تصدر عن أحد المسؤولين بالمنظمة النقابية على المستوى المركزي أو الفدرالي أو الجهوي.

و يمكن إثبات هذه المصادقة بواسطة رسالة التنبيه المسبق الذي يوجه عادة في شكل برقية أو بواسطة شهادة تسلم من المنظمة النقابية تفيد موافقتها على الإضراب، إذ إعتبرت المحكمة في حكمها عدد 34949 المؤرخ في 25 جوان 1981 أن المدعي قدم " ما يفيد مصادقة المنظمة النقابية المركزية على الإضراب وذلك طبق الشهادة المسلمة من الإتحاد العام التونسي للشغل ... لذا فالإضراب الذي شنّه المدعي مع زملائه هو إضراب شرعي".

وقد أبدت لجنة الخبراء التابعة لمكتب العمل الدولي والمكلفة بمتابعة تطبيق الإتفاقيات و التوصيات الدولية بعض التحفظات تجاه شرط مصادقة المنظمة النقابية المركزية للعمال على الإضراب لأنه يحد من حرية قرار الهياكل النقابية القاعدية و ترجو بإلحاح إتخاذ التدابير الضرورية لإلغاء هذه الفقرة .

ما يمكن ملاحظته هو أن المشرع التونسي وإن أقر حق العمال في ممارسة الإضراب إلا أنه أحاطه بعدة شروط إجرائية وجوبية صارمة ومعقدة ومطولة ورتب عن عدم إحترامها نزع صفة الشرعية عن الإضراب وعرض القائمين به إلى تتبعات جزائية يترتب عنها عقوبات نص عليها القانون.

و إتجه فقه القضاء في نفس هذا الإتجاه حيث اعتبر " الإضراب وإن كان حقا للعملة إلا أن ممارسته خلافا للشروط التي أتى بها القانون يجعله غير شرعي ".[500]

بعد قيام الطرف المعني بتوجيه تنبيه مستوفي لجميع شروطه القانونية إلى الطرف الآخر وإلى تفقدية الشغل أوجب المشرع التونسي على هذه الأخيرة القيام بالمحاولة الصلحية ، وهي تختلف عن المحاولة الصلحية الأولى التي تمت داخل المؤسسة .

لم يتعرض المشرع إلى هذا الشرط بصورة مباشرة وصريحة بل أكد على وجوب عرض النزاع على اللجنة الجهوية للتصالح و عند التعذر على تفقدية الشغل المختصة ترابيا. ويتولى عادة أعوان تفقدية الشغل المكلفون بمهمة المصالحة بجمع المعطيات المتعلقة بالنزاع الوارد في برقية الإضراب والبحث عن الأسباب الحقيقيّة والقيام أيضا بالتحقيقات اللازمة لحصر موضوع النزاع.

يعقد متفقد الشغل بعد ذلك جلسة صلحية بمقر تفقدية الشغل وأحيانا بمقر المؤسسة كلما رأى فائدة من ذلك بحضور طرفي النزاع وهما المؤجر أو من ينوبه وممثلي العملة، ويعتبر حضور الطرف الداعي للإضراب من "الشروط الجوهرية الواجب التقيد بها قبل اللجوء للإضراب"[501].

---

[500] قرار تعقيبي مدني عدد 45664 مؤرخ في 1995/11/23 صادر عن الدوائر المجتمعة ورد في مجلة الشغل، تعليق محمد الهادي بن عبدالله.

[501] شاكر الساحلي المرجع السابق، ص 36.

ويمكن أيضا إستدعاء الأطراف التي لها علاقة بالنزاع مثل " ممثل الإتحاد التونسي للصناعة والتجارة والصناعات التقليدية كذلك الكاتب العام للنقابة الأساسية للمؤسسة أو النائب النقابي وممثل عن الإتحادالجهوي للشغل والكاتب العام للإتحاد الجهوي أو من ينوبه أو الكاتب العام المحلي للإتحاد العام التونسي للشغل أو من ينوبه".[502]

يسير متفقد الشغل الجلسة الصلحية فيبسط الطلبات التي تضمنتها برقية التنبيه ويوجه الحوار ويقرب وجهات نظر الطرفين وإقناعهما، ويقترح حلولا توفيقية مناسبة لإنهاء النزاع وإنجاح المحاولة الصلحية. في نهاية الجلسة يحرر متفقد الشغل محضر جلسة يتضمن نتيجة المحاولة الصلحية ويختم بإمضاء جميع الأطراف إذا كانت نتيجة المحاولة الصلحية إيجابية ويلغى بذلك قرار الإضراب.

وفي صورة فشل المحاولة الصلحية يحرر متفقد الشغل محضر في عدم الصلح يدون فيه نقاط الخلاف وأسبابه ويعدّ ملفا خاصا بالمؤسسة المعنية يحتوي على محضر التنبيه ومحاضرالجلساتالصلحية والتحقيقات المتعلقة بأسباب النزاع واقتراحاته ويحيلها على لجان التصالح المختصة.

إذا تعلق النزاع بمؤسسة تنتصب داخل ولاية واحدة يقع عرض النزاع على اللجنة الجهوية للتصالح تطبيقا لمقتضيات الفصل 377 من مجلة الشغل ، أما إذا كان الإضراب يمتد إلى ولايتين فأكثر يصبح النزاع من مشمولات اللجنة المركزية للتصالح.

تقوم لجان التصالح المتعهدة بالنزاع بالبحث عن الحلول الملائمة و" تقترح حلولا في أجل أقصاه ثمانية أيام من تاريخ سريان مفعول التنبي".[503]

تستهل أعمال لجان التصالح بتسجيل أسماء الحاضرين ويبسط الرئيس موضوع النزاع وتقع مناقشته من الأطراف ويسعى الرئيس خلال إدارته جلسة التصالح إلى تقريب وجهات النظر ويسعى لإنجاح المساعي الصلحية باقتراح حل للنزاع .

ولكن لطرفي النزاع الحق في قبول أو رفض الحلول المقترحة من لجان التصالح وبالتالي فإن " إحترام إجراءات التصالح إلزامية ، بينما تبقى وسائل التوصل إلى الحلول إختيارية ".[504]

في نهاية الإجتماع يتولى متفقد الشغل بوصفه مقرر اللجنة تحرير محضر جلسة يتضمن فحوى الجلسة والنقاشات التي دارت والحلول المقترحة ومواقف الأطراف منها والنقاط التي تم الإتفاق عليها وتعهدات الأطراف والتزاماتهم ونقاط الإختلاف إن وجدت ، ويختم المحضر ويمضى من الحاضرين.

عند نجاح المحاولة الصلحية يقع تحرير محضر يتضمن جملة من الالتزامات المتبادلة التي ينتهي بموجبها النزاع بطريقة سلمية ويلغى قرار الإضراب ويتحقق بذلك السلم الاجتماعي.

لكن إذا تضمن الإتفاق تنازلا عن بعض الحقوق أو الالتزامات للعمال أو تجميدها يمكن أن يترتب عنه إحتجاج من العمال فإن هذا الإتفاق لا يلزمهم إذ أوجبت المحكمة الابتدائية أن " يكون الإتفاق صادرا من كافة العملة وممضى من طرفهم حتى يقع الإحتجاج به عليهم".[505] قد تعقد الجلسة الصلحية ولا يحصل الإتفاق بين الطرفين ويمكن للجنة التصالح التي فشلت في إيجاد حل للنزاع أن تقترح على الأطراف عرض النزاع على التحكيم قبل اللجوء إلى الإضراب ، ويتم الموافقة على ذلك من

---

[502] كمال عمران: محاضر حول التجربة التونسية في مجال تسوية النزاعات العمالية الجماعية ، المركز العربي لإدارة العمل والتشغيل ،أعمال الدورة التدريبية بدولة الكويت 15-17 نوفمبر 2009، ص 27 .

[503] فصل 380 مجلة الشغل، نقح بالقانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري1994 .

[504] عبد الرزاق الخليفي : الحوار الإجتماعي في مجال علاقة العمل بتونس أطره وآلياته، ندوة حول "دور تفقدية الشغل في ظل علاقات مهنية متغيرة"، الجمعية التونسية لمتفقدي الشغل، تونس 17و18 ماي 2012، ص 19 .

[505] حكم صادر عن المحكمة الإبتدائية بصفاقس تحت عدد 5522 في 1 نوفمبر 1990.

الطرفين ، وفي هذه الحالة لئن لم تنه لجنة التصالح النزاع فإنها نجحت في تأجيل تنفيذ قرار الإضراب وإعطاء فرصة جديدة لفض النزاع بواسطة التحكيم.

رغم وجوبية المحاولة الصلحية وترتيب جزاءا عن مخالفتها ، فإن الأطراف غير ملزمين بقبول نتائجها فيكفي إجراؤها فقط لكي يضفي الصبغة الشرعية على قرار الإضراب.

ويستنتج من ذلك أن المشرع جعل من حرية العمل مبدأ يجب حمايته وشجع على تجاوز النزاعات الشغلية التي تمس من هذا المبدأ بالحوار الإجتماعي ، وجعل من الإضراب حقا إستثنائيا لا يمكن ممارسته إلا بعد إستيفاء جميع الشروط الوجوبية المقننة له ومطابقتها للقانون حتى يضفي عليه الصبغة القانونية .

في صورة فشل المحاولات الصلحية وبعد إستيفاء جميع الشروط الموضوعية والإجرائية الصارمة والمعقدة فإن العمال يمكنهم تنفيذ إضراب شرعي للمطالبة بحقوقهم المشروعة.

لكن إذا نفذ الطرف الإجتماعي إضرابا غير مستوفي الشروط القانونية يترتب عليه جزاءات صارمة تهدد ممارسة حق الإضراب .

الجزء الثاني: الإضراب حق مهدد

بهدف حماية مبدأ حرية العمل يرفض المشرع توسيع ممارسة حق الإضراب باعتباره يمثل توقف عن القيام بالعمل، ورفض لتنفيذ أوامر المؤجر. فإذا أقر للعمال ممارسة حقهم في الإضراب للدفاع عن مصالحهم المهنية فإنه حاصره بعدة آليات قانونية تعطل ممارسته بصفة مباشرة وتهدد وجوده. وتؤدي تفعيل هذه الآليات إلى إبطال مفعول الإضراب (أ) كما رتب عن مخالفة الشروط والإجراءات المعقدة لممارسة حق الإضراب نزع الصبغة الشرعية عنه، وأقر عقوبات مدنية وجزائية صارمة(ب).

أ- إبطال مفعول الإضراب

بهدف مجابهة ممارسة حق الإضراب من طرف العمال والحد من آثاره السلبية على السير العادي للعمل وعلى السلم الإجتماعي والإقتصادي أقر المشرع التونسي آلية التسخير في مجلة الشغل حيث " يمكن تسخير المؤسسة أو عملتها بمقتضى أمر ، إذا تقرر إضراب أو صد عن العمل أو شرع فيه وكان من شأنه أن يخل بالسير العادي لمصلحة أساسية ".[506]يجيز المشرع بصفة إستثنائية تسخير العمال بمقتضى أمر كلما كان الإضراب من شأنه أن يخل بالسير العادي لمصلحة أساسية، و" تعتبر مصلحة أساسية المصلحة التي يضع توقف العمل بها حياة أو أمن أو صحة الأشخاص من مجموع المتساكنين أو بعضهم في خطر"[507] تضبط قائمة المصالح الأساسية بأمر.

ويثير مفهوم المصالح الأساسية " العديد من الإشكاليات حتى وإن أشار المشرع بالفصل 381 من م ش إلى أهم مكوناتها فإنه لم يصدر إلى اليوم الأمر التطبيقي لتحديد المصالح الأساسية الدنيا التي لا تحتمل التوقف عن العمل والمصالح الدنيا الواجبة الإستمرار".[508]

---

[506]الفصل 389 من مجلة الشغل ، المنقح بالقانون عدد 77 لسنة 1973، والمؤرخ في 08 ديسمبر 1973 ، وبالقانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري1994 .

[507]الفصل 381 من مجلة الشغل ، أضيف بالقانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994"

[508]عصام الأحمر: حماية حرية العمل داخل المؤسسة وخارجها ، مقال غير منشور.

وفي حين ينص القانون على أن أمر التسخير لا يكون إلا إذا كان الإضراب من شأنه أن يخل بالسير العادي لمصلحة أساسية فإن فقه القضاء التونسي ومن خلال الحكم المدني الإستئنافي عدد 94622 المؤرخ في 09 أكتوبر 1991 يقر بأن " التسخير لا يكون إلا لحماية المصلحة الوطنية العليا ولا يتم إلا بمقتضى أمر".

والتسخير عبارة عن أمر من السلطات العليا يدعو أعوانا أو موظفين عاملين بقطاع حيوي بالبلاد إلى عدم الإضراب وإلى الإلتحاق بعملهم بشكل عادي لضمان السير العادي لذلك القطاع ، فهو مبدئيا تسخير لعدد من العمال المضربين من عملة المؤسسة لتأمين ديمومة وتواصل العمل. وبالتالي لا يمكن تسخير أو الإعتماد على عمال أجانب لا ينتمون إلى المؤسسة لتأمين السير العادي للعمل، وبما انه " إجراء زجريا إستثنائيا " فلا يمكن أمرغير العمال المضربين .

يقع تبليغ قرار التسخير للمعنيين بالأمر كما حدده الفصل 389 من مجلة الشغل " بصفة فردية إلى آخر مقر للسكنى مسجل لدى المؤسسة وذلك عن طريق أعوان الضابطة العدلية . وإذا شمل التسخير كافة أعوان مؤسسة فإن التبليغ يمكن أن يتم عن طريق التعليق بالمؤسسة أو عن طريق وسائل الإعلام".[509]

يؤدي صدور أمر التسخير إلى كافة العمال المضربين أو إلى عدد منهم معينين بالإسم إلى حرمانهم من المشاركة في الإضراب وممارسة حقهم الدستوري ، كما ينزع صفة الشرعية عن الإضراب لمن صدر بشأنهم أمر تسخير.

إن عدم إمتثال من شملته إجراءات التسخير يكون عرضة لتتبعات جزائية و" يعاقب بالسجن لمدة تتراوح بين شهر وعام وبخطية تتراوح بين 100 و 500 دينارا أو بإحدى العقوبتين فقط.

وفي صورة العود تضاعف هاتان العقوبتان".[510]

وما يلاحظ انه في غياب تحديد تشريعي لمفهوم المصلحة الأساسية أضاف فقه القضاء مفهوم المصلحة الوطنية العليا للتوسع في تطبيق التسخير كآلية إستثنائية مما يجعل ممارسة حق الإضراب مهددا، إذ يبقى تقدير وجود مصلحة أساسية مهددة بتنفيذ قرار الإضراب للسلطة التنفيذية التي تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في التصدي لممارسة حق الإضراب المضمون دستوريا بآلية التسخير. كما يبقى تقدير حماية المصلحة الوطنية العليا خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي، في غياب تعريف واضح لمفهوم المصلحة الوطنية العليا في مواجهة ممارسة حق الإضراب .

أستعمل حق التسخير في تونس العديد من المرات في بعض القطاعات الحيوية كالأمر عدد 621 لسنة 1985 المؤرخ في 20 أفريل 1985 المتعلق بتسخير بعض أعوان الشركة التونسية للكهرباء والغاز. ويبرر البعض اللجوء إلى التسخير بالقول أن "الإضراب حق نقابي ولكن هناك أيضا مصلحة عامة يجب مراعاتها ". لكن هذا الرأي قد يمس من القيمة القانونية لحق الإضراب باعتباره حق من الحقوق الأساسية التي وردت في المواثيق الدولية وفي الدستور وقانون الشغل.

إعتمادا على مفهوم المصلحة الأساسية أو المصلحة الوطنية العليا أو المصلحة العامة المبررة للجوء إلى التسخير يصبح الإضراب حق مهدد يمكن منع ممارسته كلما لجأ إليه العمال للمطالبة بحقوقهم والدفاع عن مصالحهم المهنية.

وعاشت البلاد التونسية بعد ثورة 14 جانفي 2011 عدة تحركات عمالية للمطالبة بحقوقهم المهنية بقيادة النقابات العمالية آلت في العديد من المرات إلى ممارسة حق الإضراب ولم يجد قبولا من بعض فئات من المجتمع ليست طرفا في هذه النزاعات النقابية ولكنها لم تتعود سابقا على مثل هذه الممارسات للحق في الإضراب، فكان معيار الحكم على ممارسة هذا الحق هو معيار المصلحة الشخصية وليست الموضوعية.

---

[509] **فصل 389 من مجلة الشغل : نقح بالقانون عدد 77 لسنة 1973 المؤرخ في 8 ديسمبر 1973 ، ثم بالقانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994.**

[510] **الفصل 390 من مجلة الشغل : نقح بالقانون عدد 77 لسنة 1973 المؤرخ في 8 ديسمبر 1973.**

نتيجة لما قد يتسبب فيه ممارسة حق الإضراب من تعطيل للمصالح الأساسية وبهدف تحقيق الإستقرارالإجتماعي في بعض الأحيان ، إلتجأت الدولة في العديد من الحالات إلى إجراءات التسخير للحد من ممارسة حق الإضراب مما أدى في عدة حالات إلى عدم تحقيق الإضراب للمطالب العمالية نظرا لتراجع ممثليها عن قرار الإضراب.

ما يمكن ملاحظته أن المشرع بتكريسه للتسخير في مجلة الشغل جعل حق الإضراب مهددا بإبطال مفعوله إذا قرر الطرف المعني تنفيذه ويسلبه الصبغة الشرعية ويعرض القائمين به أو المشاركين فيه إلى العقاب المستوجب قانونا ، وإضافة إلى قرار التسخير خول المشرع لصاحب المؤسسة باعتباره طرفا في النزاع القيام بالصد عن العمل لإبطال مفعول الإضراب.

يتمتع المؤجر بعديد السلطات التنظيمية والتسييرية الواسعة داخل المؤسسة لضمان تواصل العمل داخلها ولمجابهة قرار الأجراء على ممارسة حق الإضراب لتحقيق مطالبهم الجماعية يلجأ المؤجر إلى غلق المؤسسة والإمتناع عن توفير العمل ممارسا بذلك حقه في الصد عن العمل الذي أقره المشرع تكريسا لمبدأ المساواة والتوازن بين الأطراف الإجتماعية في مجال نزاعات الشغل الجماعية.

ويقترن ممارسة حق الصد عن العمل بوجود نزاع شغل جماعي داخل المؤسسة ، إذ لا يمكن للمؤجر اللجوء إلى صد العمال عن مباشرة عملهم إلا عند وجود " بوادر أزمة على مستوى العلاقات الشغلية الجماعية السائدة داخل المؤسسة وبروز إرادة لممارسة الضغط على العمال لتجاوز ذلك الخلاف". [511]

لم يعرف المشرع التونسي مفهوم الصد عن العمل واكتفي بتحديد الشروط الواجب إتباعها قبل ممارسته كما لم يرد له تعريف فقهي في تونس بخلاف.

إلا أنه يمكن أن يعرف بأنه " الحالة التي يتم فيها غلق المؤسسة بصورة كلية أو جزئية ولمدة معينة وذلك بناءا على قرار يتخذه المؤجر كرد على قيام نزاع شغل جماعي".[512]

وقد أقر المشرع حق الصد عن العمل لفائدة المؤجر وقيده بنفس القواعد والإجراءات المتبعة في ممارسة حق الإضراب صلب الفصل 376 مكرر من مجلة الشغل، وللتذكير تتمحور هذه الشروط حول أربعة شروط أساسية يجب مراعاتها لإكساءه الصبغة القانونية ويتمثل الأول في ضرورة عرض الصعوبة التي تنشأ بين المؤجر والعملة على أنظار اللجنة الإستشارية للمؤسسة لإيجاد حلول للنزاع، أما الشرط الثاني فهو مصادقة المنظمة النقابية للمؤجرين على قرار الصد عن العمل قبل تنفيذ قرار الإضراب ، وينص الفصل 376 مكرر من مجلة الشغل على الشرط الثالث المتعلق بالتنبيه المسبق وأوجب إستيفاءه لجميع التنصيصاتالوجوبية وتوجيهه قبل أجل عشرة أيام إلى الطرف الآخر. أما الشرط الأخير فهو القيام بالمحاولة الصلحية بواسطة هياكل المصالحة المعنيين لإجاد حل للنزاع قبل تنفيذ قرار الصد عن العمل.

وقد إعتبرت محكمة التعقيب " أن الإخلال بالشروط الوجوبية لشرعية حق الصد عن العمل يجعله غير قانوني وغير قابل للإعتبار".[513]

فالصد عن العمل هو كل قرار يتخذه المؤجر لإغلاق مؤسسته بصفة مؤقتة كليا أو جزئيا قصد أخذ الإحتياط أو الرد على نزاع جماعي للعمل، و يعتبر أيضا وسيلة ضغط يمكن إستعمالها من قبل أرباب العمل عند تعذر الصلح مع الطرف الآخر وانسداد السبل المؤدية لتجاوز خلاف جماعي داخل المؤسسة.

يمكن للمؤجر ولغاية منع تنفيذ العمال لإضراب عند بلوغه التنبيه بالإضراب أن يتخذ إحتياطيا قرارا بالصد عن العمل لتفادي الآثار الخطيرة للإضراب وللضغط على العمال وإجبارهم على التراجع عن قرار الإضراب ، ويعتبر الصد عن العمل في هذه الحالة غير مشروع لأنه يمنعهم من ممارسة حقهم المشروع وبالتالي يعتبر المؤجر قد تعسف في إستعمال هذا الحق.

---

[511] **شاكر الساحلي: مرجع سابق ،ص 42.**

[512] **Guy Amaneard : Le langage du droit du Travail ,Ed. Méthodes et Stratégies 1994.**

[513] **قرار تعقيبي عدد 20255 مؤرخ في 10 ماي 2008 ، غير منشور.**

قد يلجأ أيضا المؤجر إلى صد العمال عن مباشرة عملهم وغلق المؤسسة لمدة معينة عندما تنفذ مجموعة من العمال إضرابا قانونيا أي مستوفيا لجميع الشروط القانونية يعتبر هذا الإجراء غير قانوني ، فالصد عن العمل في هذه الصورة هو بمثابة وسيلة مواجهة غير مشروعة للإضراب ويترتب عنها قيام المسؤولية المدنية للمؤجر إزاء العمال الواقع منعهم من مواصلة عملهم بدون حق . كما يؤدي الصد عن العمل إلى حرمان العمال غير المضربين عن العمل بدون موجب قانوني وبدون إرتكاب أي خطأ فادح من طرفهم وبالتالي يعدّ المؤجر مخلا بإحدى إلتزاماته التعاقدية وأهمها توفير العمل للعامل ودفع الأجر.

أما إذا مارس المؤجر الصد عن العمل في مواجهة إضراب غير قانوني يعد قياما مشروعا ولا يترتب عليه أية مسؤولية له ، إذ أن المشاركة في إضراب غير قانوني ينتج عنها قطع العلاقات الشغلية بمفعول الطرف المسؤول أي العامل . فإذا ما قام العمال " بإضراب غير قانوني سواء بالإخلال بشروطه الشكلية أو بارتكابهم لبعض الأفعال الغير مشروعة خلاله فإنهم يعدّون مخلّين بالتزاماتهم التعاقدية ويحق بالتالي للمؤجر الإمتناع عن تنفيذ الإلتزامات المحمولة عليه في نطاق حقه في الدفع بعدم التنفيذ".[514]

وسواء أستعمل حق الصد عن العمل في محلّه أو في غير محلّه ، فإنه يخفي في طياته آثار سلبية على العامل وعلى المؤسسة باعتبارها تمثل وحدة إقتصادية واجتماعية، عندما يقع إستعماله كوسيلة لإفشال الإضراب وإبطال مفعوله رغم إعتباره السلاح الوحيد بيد العمال لتحقيق الرقي الإجتماعي لهم ، ولعل هذا ما يساهم في تأزم الوضع وتوتر العلاقات المهنية وإرباك المناخ الإجتماعي داخل المؤسسة.

لصاحب العمل الحق في إختيار ما يلزم من الأجراء لتسيير المؤسسة حتى ولو كان لسد الفراغ في مراكز عمل الأجراء المضربين خلال مدة إضرابهم إستنادا أحكام الفصل 6-4 من مجلة الشغل وهو ما نستنتجه من الصياغة العامة التي وردت عليها الحالة الثالثة المتمثلة في" التعويض الوقتي لعامل قار متغيب أو توقف تنفيذ عقد شغله" ، "الأمر الذي يخول لصاحب المؤسسة أن يجابه الإضراب باللجوء إلى العمال الوقتيين وهو ما يؤدي إلى تقليص مفعول الإضراب"[515] أو إبطاله وعدم الإذعان إلى المطالب المهنية للمضربين." وهو ما يؤدي إلى إنهاك حق الإضراب ليصبح حقا مبتورا". [516]

إضافة إلى هذه الحالات الواردة في مجلة الشغل في الفصل 6-4 ، قد يلجأ المؤجر في إطار ممارسة سلطته التسييرية إلى إتباع وسائل أخرى لمجابهة الإضراب وتقليص مفعوله بالبحث عن حلول داخل المؤسسة عن طريق تكليف الأجراء غير المضربين بالقيام بساعات عمل إضافية لتعويض النقص الحاصل في الإنتاج وتدارك ساعات العمل الضائعة بفعل الإضراب وتعويضها.

وسعيا من المؤجر إلى الحدّ من مفعول الإضراب يقوم بدفع منح للعمال لحثهم على عدم المشاركة في الإضرابات مثل منحة الحضور التي وإن كانت تصرف للعامل على أساس المواظبة في العمل إلا أن المؤجر قد يستعملها كوسيلة ضغط على الأجير ، كذلك منحة الإنتاج ...

يعتبر هذا الإجراء غير اخلاقي ومخالف للقانون لأنه ينطوي على شراء لذمم العمال على حساب زملاءهم المضربين الذين يدافعون على حقوق ومطالب جماعية تشملهم، وهذا يؤثر على المناخ الإجتماعي داخل المؤسسة الواحدة ، فممارسة المحاباة من صاحب المؤسسة بين الأطياف النقابية لا يمكن أن يولّد إلا نقمة الطرف الذي تم إقصاؤه فيسعى إلى الإنتفاضة على هذه الأوضاع قصد التصدي لها ، وهو ما يؤثر على السلم الإجتماعي.

514**Bull Civil V n° 754, p 568 ; Social , 9 Novembre .**

515**النوري مزيد : النظام القانوني لعقود الشغل المبرمة لمدة معينة ملتقى عملي حول النظام القانوني لعقود الشغل محددة المدة ، صعوبا ت التطبيق ، الجمعية التونسية لمتفقدي الشغل ، 19 و 20 جوان 2003 ، ص 5**

516**SINAY (M) : Neutralisation du droit de grève. R.D .Soc. Mars 1980 p 250.**

يمكن أيضا للمؤجر التصدي لحق الإضراب وذلك بتعيين بعض العمال غير المضربين للعمل في مراكز العمل الشاغرة بسبب تخلي العمال المضربين عنها خلال مدة الإضراب ، ويرى الأستاذ النوري مزيد أن هذه الطريقة تثير بعض الصعوبات الواقعية والقانونية التي من شانها أن تحد من نجاعتها، وتتمثل الصعوبة الواقعية في إمكانية إلتحاق الأجراء غير المضربين بصف الأجراء المضربين ومساندتهم أو التشبث بمراكز عملهم و رفضهم تعويض زملائهم من أجل البقاء خارج النزاع.

أما الصعوبات القانونية في تغيير مراكز عمل الأجراء فتتمثل في إعتبار هذه العملية هي تحوير جوهري في عقود شغلهم تقتضي ضرورة قبولهم بذلك".[517]

نلاحظ أن حق الإضراب لم يحض بالحماية القانونية اللازمة التي تمكنه من تحقيق أهدافه المتمثلة في تحقيق المطالب المهنية ، ذلك أن التسخير وإن كان آلية قانونية إستثنائية إلا أنه بمجرد تفعيلها تنتج آثارها المتمثل في مواصلة العمل وتبطل مفعول الإضراب بصفة آلية وفورية ، كذلك الصد عن العمل الذي يعتبر وسيلة ضغط بيد المؤجر تمكنه من إبطال مفعول الإضراب عند ممارستها بصفة قانونية.

لم يكتف المشرع بإهدار مفعول الإضراب باستعمال هذه الآليات القانونية لمجابهة مممارسة حق الإضراب ، وإنما سلط جزاءات مدنية وجزائية شديدة.

ب- جزاءات صارمة

لئن كانت آثار ممارسة حق الإضراب القانوني غير منصفة للعامل الذي يحرم من الأجر عن مدة الإضراب سواء تحققت مطالبه المهنية أم لم تتحقق ويعلق عقد الشغل ، فإن المشرع رتب أيضا جزاءاتعن الإضراب غير القانوني وجرم بعض الممارسات المصاحبة للإضراب القانوني أصبح معها هذا "الحق"مهددا في وجوده كحق دستوري . وأصبح العامل الذي يمارسه مهددا بعقوبات صارمة.

وقد إعتبرت محكمة التعقيب أن " الإضراب غير الشرعي لا يمثل مجرد هفوة فادحة وإنما هو جريمة تمس بسلامة الإقتصاد الوطني وأوجب المشرع على مرتكبها عقابا جزائيا بالسجن وعقابا مدنيا بتنهية عقد شغله بمفعول القانون [518]". تطبيقا لمقتضيات الفصل 387 م ش الذي نص على أن علاقات الشغل تقطع بمفعول الطرف المسؤول عن عدم مراعاة أحكام هذا الباب" ، إذ " يعد رفض أداء العمل إخلال بالتزام أساسي يقع على عاتق العامل وينجم عن عدم الوفاء به قطع العلاقة الشغلية بحكم الفعل المرتكب".[519]

تظهر نية المشرع بوضوح في ترتيب القطع الآلي والفوري لعقد الشغل سواء كانت عقود شغل لمدة محددة أو لمدة غير محددة بالنسبة لكافة العمال المضربين بصفة غير قانونية، وهو ما يجعل العقد منتهيا بقوة القانون بالنسبة لكافة العمال المشاركين في إضراب غير قانوني. ولا يعتبر قطع هذه العلاقة الشغلية من المؤجر طردا تعسفيا.

وقد عرف فقه القضاء في ترتيب هذا الجزاء تباين في المواقف و الآراء بخصوص تكييف المقصود بعبارة " قطع العلاقة الشغلية" .

ذهب الاتجاه الأول إلى ترتيب القطع الآلي لعقد الشغل ودون حاجة إلى إتخاذ قرار الطرد من قبل مجلس التأديب ودون حصول الأجير على أي تعويض ، إذ جاء في قرار محكمة التعقيب عدد 38371 المؤرخ في 17 ماي 1993 أن " مشاركة المعقب ضده في إضراب غير شرعي يترتب عنه قانونا قطع العلاقة الشغلية بفعل الطرف المسؤول عن عدم مراعاة أحكام

---

[517] حمادي مسلمي:آثار الإضراب في قانون الشغل، مذكرة للإحراز على شهادة الماجستير في القانون الإجتماعي.

[518] قرار تعقيبي مدني عدد 46751 مؤرخ في 13 أفريل 1995.

[519] شاكر الساحلي: مرجع سابق ص 37.

القانون ولا لزوم في هذه الحالة لعرض الأجير على مجلس التأديب" ، كما ذهبت في القرار التعقيبي عدد 13313 المؤرخ في 3 أفريل 2002 أنه " لا يحق للمعقبة تبعا لذلك المطالبة بالتعويضات عن هذا القطع" .

فيحين ذهب الإتجاه الثاني إلى إعتبار أن " الإضراب غير القانوني من قبيل الهفوات الفادحة التي تبرر الطرد ولكنها تستوجب إحالة مرتكبها على مجلس التأديب، وإذا تم طرده دون إتباع الإجراءات التأديبية يكون الطرد تعسفيا".[520]

لوضع حد لهذا التباين في مواقف فقه القضاء تدخلت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة سنة 1995 واعتبرت أن " الإضراب وإن كان حقا من حقوق العملة ، إلا أن ممارسته خلافا للشروط التي أتى بها القانون تجعله غير شرعي ويترتب عنها قطع العقد تعسفيا من طرف مرتكبه طبق الفصل 387 من مجلة الشغل".[521]

ويعكس هذا التوجه صرامة وخطورة الجزاء المدني الذي سلط على العمال المضربين بصفة غير قانونية إذ يفقد العمال عملهم ومورد رزقهم دون إستحقاق تعويض .

فعندما لجأ العامل إلى المشاركة في الإضراب كان يأمل في تحقيق مطالب مهنية تساعده على تحسين وضعه المهني والإجتماعي سواء من الناحية المادية أو ظروف العمل لكنه يجد نفسه معرضا لعقوبات تؤدي إلى فصله عن العمل دون تعويضات ،وينضم إلى فئة العاطلين عن العمل ، وهو ما لا ينسجم مع التوجهات الأساسية لقانون الشغل الذي يحافظ على حرية العمل والعلاقات الشغلية ومصلحة المؤسسة ويساهم في خلق فرص العمل.

وتطرح هذه الجزاءات الصارمة تساؤلا حول مدى إعتبار هذه العقوبات حلولا لفض النزاعات الشغلية ؟ وما هي الضمانات القانونية لممارسة حق الإضراب دون التعرض إلى هذه العقوبات؟

هذه المخاطر التي يتحملها الاجير تتضاعف إذا علمنا ان قانون الشغل يخول للمؤجر المطالبة بالتعويض على أساس الضرر الذي ألحقه بالمؤسسة نتيجة شنه إضراب غير قانوني".[522]

إن قطع العلاقة الشغلية بإنهاء عقد الشغل كجزاء مدني لمشاركة العامل في إضراب غير قانوني يهدد وجود هذا الحق الدستوري ويقيد اللجوء إلى ممارسته كحق وفق الشروط والإجراءات الواجبة الإتباع خاصة عند تجريم الإضراب غير القانوني وبعض الممارسات التي تصاحب التوقف الجماعي عن العمل بقطع النظر عن صبغته الشرعية أو غير الشرعية.

نص الفصل عدد 388 من مجلة الشغل[523] "عندما يكون الإضراب أو الصد عن العمل مخالفين للقانون فإن كل من حرض على مواصلة الإضراب أو الصد عن العمل أو شارك فيهما يعاقب بالسجن لمدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وثمانية أشهر وبخطية تتراوح بين 100 دينارا و500 دينارا.

وفي صورة العود تضاعف هاتان العقوبتان".

ويطرح تساؤل " هل أن العمل الإجرامي من خلال هذا النص لا يشمل سوى التحريض والمشاركة في التحريض على مواصلة الإضراب أو الصد عن العمل أم أنه يشمل كذلك المشاركة في الإضراب والصد عن العمل المخالفين للقانون، إلى جانب التحريض على مواصلتهما.

"يتجه الأخذ بالموقف القائل بتجريم الإضراب والصد عن العمل المخالفين للقانون إلى جانب تجريم التحريض على مواصلته".[524]

---

[520] النوري مزيد ، محاضرات في قانون الشغل ، المرجع السابق ، ص 196.

[521] قرار تعقيبي مدني صادر عن الدوائر المجتمعة تحت عدد 44884 مؤرخ في 23 نوفمبر 1995 ، قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب 1995-1996 ، ص 4.

[522] J Goineau : La responsabilité civile des grévistes et des syndicats, R.T.D Soc. Sep- Oct, 1988 ,p 702,

[523] نقح بالقانون عدد 77 لسنة 1973 المؤرخ في 8 ديسمبر 1973.

[524] " محمد محفوظ : الإضراب في القانون الجنائي التونسي، المجلة القانونية التونسية ، 1984، ص 11.

ما يمكن ملاحظته هنا أن المشرع التونسي وسع في دائرة الأفعال المجرمة للإضراب الغير قانوني لتستوعب جميع الحالات الواقعية حرصا منه على دفع المضربين إلى تطبيق الشروط والضوابط القانونية المنظمة لهذا الحق، حيث أن فقه القضاء التونسي إعتبر أن " عمل الإثارة يدخل في نطاق التحريض على الإضراب طبق الفصل 388 من مجلة الشغل".[525]

واعتبرت المحكمة أيضا أن " العامل المتهم قد قام فعلا بتحريض العمال على الإضراب وذلك " لأنه إنتصب خطيبا في جموعهم حاثا إياهم على ضرورة إستمرار الإضراب".[526]

ويتبين من هنا بصورة جلية أن المشرع قد إعتبر أن " التحريض والمشاركة في إضراب غير قانوني يعتبر من قبيل الجنح التي يترتب عن إقترافها تسليط عقوبات جزائية".[527]

ولم يكتفي المشرع التونسي بتجريم المشاركة أو التحريض في إضراب غير قانوني إنما حرص على تجريم عديد الأفعال المتفرعة عن الإضراب سواء كان ممارسا بصفة قانونية أو غير قانونية وذلك حماية لحرية العمل وعدم تعطيلها ، وحفاظا على المؤسسة وممتلكاتها من آلات ومعدات وأجهزة ضرورية لتواصل واستمرارية العمل والإنتاج داخلها.

وقد أقر المشرع التونسي في الفصل 388 من مجلة الشغل أربعة جرائم تصاحب الإضراب وتعد كجرائم تلبس وسلط على مرتكبيها عقوبات جزائية صارمة وهذه الجرائم هي :

- إحتلال مكان العمل مدة الإضراب المخالف للقانون.
- إستعمال آلات وأجهزة المؤسسة لغايات أخرى غير التي أعدت لها.
- الإضرار أثناء الإضراب بآلات أو مكاسب على ملك المؤسسة.

لقد وسع المشرع في مجال تطبيق العقوبات الجزائية التي صارت لا تقتصر على الأفعال التي تمارس بنية تعطيل حرية العمل وإنما تشمل كل الأفعال التي من شأنها أن تؤدي إلى النيل من حق الملكية والسير العادي للمؤسسة والأمن العام."[528]

ولعل هذا ما ذهب إليه فقه القضاء في عديد المناسبات حيث إعتبرت محكمة التعقيب إن " عنصر القوة ركن أساسي في جريمة تعطيل حرية الخدمة".[529]

ولمجابهة ممارسة حق الإضراب وحماية حرية العمل كرس المشرع خارج مجلة الشغل جملة من النصوص القانونية تجرم الأفعال التي من شأنها أن تؤدي إلى تعطيل النشاط المهني داخل المؤسسة وهي أساسا الفصلين 136 و137 من المجلة الجنائية.

حيث أقر الفصل 136 من المجلة الجنائية عقوبة السجن وخطية مالية لكل " من يرتكب بالعنف أو الضرب أو التهديد أو الخزعبلات منع فرد أو جمع من الخدمة أو يحاول إبطالها أو إستمرار إبطالها " .

وينص الفصل 137 من المجلة الجنائية على عقوبة السجن وبخطية ضد " كل من يتعمد إفساد أو محاولة إفساد البضائع أو الآلات المعدة للعمل بقصد تعطيل حرية الخدمة".

---

525 **الحكم عدد 101 المؤرخ في 30 جانفي 1978، غير منشور.**

526 **قرار تعقيبي مؤرخ في 17 جوان 1978 .**

527 **شاكر الساحلي: المرجع السابق، ص 38.**

528 **النوري مزيد ، المرجع السابق ، ص 125.**

529 **قرار تعقيبي جزائي عدد 46412 مؤرخ في 8 جانفي2004 ،نشرية محكمة التعقيب 2004 ، ص 195.**

وما يلاحظ هنا أن المشرع يستعمل عدة عبارات ومصطلحات يكتنفها الغموض ، وفي تأويله لهذه النصوص القانونية إعتمد القاضي تأويلا واسعا لها " مما ترتب عنه توسع في نطاق التجريم وبالتالي تكريس حماية مشددة لحرية العمل... ومدعما الموقف الزجري الذي كرسه المشرع من أجل حماية حرية العمل داخل المؤسسة".[530]

إن أغلب الأفعال التي جرمها المشرع في الفصل 136 من المجلة الجزائية تمثل جرائم مستقلة بذاتها ورغم ذلك أعطاها القاضي تفسيرا متميزا وخلال عرض نزاع على القضاء تمثلت صورته في مهاجمة بعض العمال المضربين مستودعا لحجز وسائل النقل فيه قصد إنجاح الإضراب مما ولد حالة من الفزع لبقية العمال الموجودين به إعتبرت محكمة التعقيب أن " مظهر الهجوم الذي إستعملهالمعقبون لحجز وسائل النقل فيه معنى التهديد ".[531]

إعتبرت محكمة التعقيب أن " الغاية التي يهدف إليها هذا الفصل (136 م ج) هي صيانة العمل وعدم تعطيله دون أن يشترط حصول تصادم بين رغبتين".[532]

واعتبرت أن الركن المادي يتوفر " إذا عمد المتهم إلى منع فرد أو جمع من الخدمة أو محاولة إبطالها أو إستمرار إبطالها باستعمال العنف أو الضرب أو التهديد أو الخزعبلات وهي شروط أوردها المشرع على سبيل الحصر".[533]

إن مفهوم السلطة العامة مفهوم شاسع ينصرف إلى ضوابط الأمن العام والراحة العامة ويستوعب بذلك أعمال منع الأفراد من أشغالهم مهما كانت العلل والأسباب فهدف مجمل القواعد الجزائية حماية الراحة العامة ولا تحصل الراحة العامة إلا براحة الفرد".[534]

ويظهر هنا أن الإضراب أقره المشرع في مجلة الشغل لفائدة العمال وجعل له ضوابط وشروط صارمة يترتب عن الإخلال بها إرتكاب العامل لفعل إجرامي يعاقب عنه بجزاءات مدنية وجزائية بدنية صارمة تتراوح بين قطع العلاقة الشغلية والحرمان من التعويض والخطية والسجن ويمكن أن تسلط جميع هذه الجزاءات على العامل بمناسبة ممارسة حقه في الإضراب ، وبالتالي فإن هذه العقوبات إذا توفرت لدى العامل ثقافة قانونية حولها تجعله يرهب من ممارسة حقه في الإضراب ويعدل عنه ، أما إذا كان العامل لا يمتلك ثقافة قانونية بخصوصها فيمكنه خرق هذه الشروط عن حسن نية وبالتالي يجد نفسه معرضا لمختلف تلك العقوبات.

وبالتالي فإن سوء إستعمال العامل لحقه في الإضراب بنية تحقيق مطالب مشروعة إضافية ، يجعله يفقد جميع حقوقه التي كان يتمتع بها إضافة إلى عدم تحقيق مطالبه الجديدة.

إضافة إلى الجزاءات المترتبة عن الأفعال التي أتاها الأجير بمناسبة ممارسة حق الإضراب والتي جرمها المشرع حماية لحق العمل ، فإن توسع القاضي في تأويل مفهوم هذه الأفعال الواردة بالنصوص القانونية واستعماله للإحالة على أساس النصوص الجزائية المجرمة لتلك الأفعال يدل على تشدد القاضي الجزائي وإفراط في حماية حرية العمل.

إن هذه العقوبات الجزائية الصارمة التي أقرها المشرع التونسي والتي تهدد ممارسة حق الإضراب إذا ما أخل العمال بأحد الشروط القانونية " لا تنسجم مع روح قانون الشغل الذي يقوم على فكرة الحوار والتفاوض في حين أن القانون الجزائي يتميز بطابع الردع والزجر"[535].

---

[530] النوري مزيد : "القاضي وقانون الشغل" ، ص 70.

[531] قرار تعقيبي جزائي عدد 17062 مؤرخ في 1 فيفري 1986 ،النشرية 275.

[532] قرار تعقيبي جزائي عدد 17062 مؤرخ في 1 فيفري 1986.

[533] قرار تعقيبي جزائي عدد 30884 مؤرخ في 29 جانفي2003 ،نشرية محكمة التعقيب 2003 ، ص 224.

[534] قرار تعقيبي جزائي عدد 22179 مؤرخ في 3 ماي 2008 ،نشرية محكمة التعقيب 2008 ، ص 255.

[535] N.Mzid :Op.Cit, p225. .

وبإستثناء أعمال العنف و التخريب التي لا يمكن التغاضي عنها فان القانون التونسي يفتقر الى تحرير الاضراب من قيوده سواء بالنسبة لميدان المصالح او بالنسبة للقطاع الخاص.

"وذلك بالغاء جريمة الاضراب الغير و الاكتفاء بجزاء مدني مناسب على غرار التشاريع التحررية المتطورة"[536].

الإضراب ليس حق مطلق، فهو يخضع كغيره من الحقوق لضوابط تضمن ممارسته بشكل سليم تضمن للعمال حرية التعبير عن مطالبهم المهنية والدفاع عنها . فمجلة الشغل لا تحمي الحق في الإضراب وإنما تقيد ممارسته وتخضعه لجملة من الشروط الطويلة والمعقدة ، تساهم بدورها في تفاقم النزاع داخل المؤسسة وخارجها وهو ما يؤدي بالضرورة إلى شن الإضرابات العشوائية والإعتصامات بأماكن العمل واستعمال الممارسات غير السلمية...

بالرغم من أن المشرع حرص على فض هذه النزاعات الجماعية بالطرق السلمية وبالحوار الجماعي والتفاوض وذلك دعما لآليات المصالحة والتحكيم معولا في ذلك على وعي طرفي الإنتاج بتجاوز جميع الخلافات المهنية من أجل المحافظة على السلم الإجتماعي وعلى مصلحة المؤسسة والنظام العام.

من أجل تحقيق هذه الأهداف كان المشرع التونسي حاسما في مواجهة الإضراب إذ سلط على من يخالف الأحكام التي تنظمه جزاءات مدنية وجزائية صارمة وقاسية ، كما أقر آليات قانونية وهي التسخير والصد عن العمل جعلت ممارسة حق الإضراب مهددا حيث بمجرد تفعيل هذه الآليات فإن الإضراب يلغى ويبطل مفعوله وفي صورة مواصلة ممارسته يعرض القائم به أو المشارك فيه للعقاب المدني والجزائي.

فالإضراب هو أعسر الحقوق ممارسة من فضبط جميع هذه القيود والحدود بين ماهوإجتماعي واقتصادي وسياسي غير واضح ويوجد تداخل كبير بينهما قد يقع فيه الإنحراف بحق الإضراب المضمون دستوريا .

[536] محمد بن محفوظ، مرجع سابق، ص 38.

عندما تزعج الدعوى الجزائية الدعوى الشغلية ؟

صابرين المناعي

مساعدة تعليم عال.المعهد الوطني للشغل و الدراسات الاجتماعية جامعة قرطاج

العلاقة الشغلية هي علاقة رابطها العقد و هي علاقة تعاقدية فريدة من نوعها فهي تضفي صبغة خصوصية لا تمنحها بقية العقود الأخرى . ففي إطار عقد الشغل على سبيل المثال تتحول جنحة السرقة التي قد يرتكبها الأجير إلى جناية خيانة المؤتمن و هي جريمة أشد من حيث التصنيف القانوني للجرائم و من حيث العقوبة .و تحول التكييف القانوني للجريمة المرتكبة إذا ما تمت في إطار علاقة شغلية هو أكبر دليل على مدى خصوصية هاته العلاقة .

لكن إذا امتزج الجزائي بالشغلي فالمسألة تكتسي أكثر أهمية باعتبار أن كل طرف سيسعى وراء حماية مصالحه و وراء البحث عن السبل و الطرق القانونية التي تمكنه من نيل حقوقه و في أحيان أخرى تمكنه من إطالة النزاع لربح الوقت .

و من أبرز الإشكاليات القضائية المطروحة هي عندما يتعهد القاضي الشغلي بدعوى شغلية يقدمها الأجير و في وقت سابق أو في نفس الآن يتقدم المؤجر بشكاية جزائية ضد الأجير لدى النيابة العمومية من أجل جرم جزائي . هو ما يدعونا للتساؤل إلى أي مدى تتدخل الدعوى الجزائية في مسار الدعوى الشغلية ؟ و إلى أي مدى تزعج الدعوى الجزائية القاضي الشغلي الذي تعهد بقضية شغلية تتساير معها دعوى جزائية بين أطراف النزاع ؟وهل أن القاضي الشغلي باعتباره قاضيا في مادة مدنية مطالب و مقيد بمال الدعوى الجزائية أم أنه مقيد بمبدأ الفصل و البت في الدعوى الشغلية المنشورة أمامه في الآجال المعقولة ؟

و لعل طرح موضوع الدعوى الشغلية و الدعوى الجزائية في شكل استفهامي يتخلله الإحساس بالإزعاج و الارباك ليس من عدم ، بل هو يرمي إلى التأكيد على الإرباك القانوني الذي قد تحدثه دعوى تتدخل في مسار دعوى أخرى . فالقاضي الشغلي في هاته الوضعية هو أسير مبدأين قانونيين هما : مبدأ الجزائي يوقف النظر في المدني و مبدأ الأجل المعقول للمحاكمة . فهل أن القاضي الشغلي سيستند إلى قاعدة الجزائي يوقف النظر في المدني لتأخير البت في قضية شغلية تدخلت في مسارها قضية جزائية أم أنه سيراعي مبدأ الأجل المعقول للمحاكمة في المادة الشغلية و يبت في النزاع الشغلي دون انتظار مال الدعوى الجزائية ؟

تنبغي الإشارة أن القاضي الشغلي و تطبيقا لمبدأ الجزائي يوقف النظر في المدني يقوم بتأخير القضية الشغلية العديد من الجلسات لانتظار مال الشكاية الجزائية . و ذلك بالرغم من أن الدعوى الجزائية هي دعوى معروفة بزخم الإجراءات و بطئها نظرا لما تتطلبه من استقراءات و سماعات و غيرها من الإجراءات القانونية . فيحدث أن تتعهد النيابة العمومية بشكاية جزائية و التي بدورها تقوم بإحالتها على الباحث البدائي للقيام بأعمال الاستقراء و الاستبيان للحقائق و بحث مطول ثم تحال الشكاية من طور البحث إلى النيابة العمومية بالمحكمة المتعهدة مجددا لاتخاذ القرار المناسب و التي بدورها قد تصدر قرارا بالحفظ و قد تصدر قرارا بالإحالة على التحقيق أو الدائرة الجناحية حسب خطورة الجريمة و الأفعال المرتكبة و تلك الإحالة تفتح طورا من أطوار التقاضي الذي بدوره يفتح آجالا أخرى ، و حتى في حالة حفظ التهمة من طرف النيابة العمومية المتعهدة فان الشاكي يمكنه إعادة التشكي على المسؤولية الخاصة أمام حاكم التحقيق . و أمام هذا الزخم الإجرائي المعقد و الذي يتطلب مدة زمنية هامة ، فان القاضي الشغلي يجد نفسه متعهدا بدعوى شغلية مقامة من طرف الأجير و الذي يطالب بمستحقات من بينها مستحقات ذات صبغة معاشية و في نفس الآن هو مقيد بمبدأ الأجل المعقول للبت في النزاع الشغلي المعروض أمامه .

و سنتناول بالتحليل في البداية أسس و آثار مبدأ الجزائي يوقف النظر في المدني في المادة الشغلية(I) ثم سنتعرض إلى أسس و آثار مبدأ الأجل المعقول للمحاكمة في المادة الشغلية (II) .

I. أسس و أثار مبدأ الجزائي يوقف النظر في المدني في المادة الشغلية :

تقتضي قاعدة الجزائي يوقف النظر في المدني إيقاف البت في الدعوى المدنية(أ) و في إطار الموضوع المتناول إيقاف النظر في الدعوى الشغلية في انتظار الفصل النهائي في الدعوى الجزائية ،لكنها قاعدة قانونية صقلها فقه القضاء مع ما يتماشى و خصوصية المادة الشغلية (ب) .

أ ـ مضمون مبدأ الجزائي يوقف النظر في المدني :

ينص الفصل 7 من مجلة الإجراءات الجزائية أن : " الدعوى المدنية من حق كل من لحقه شخصيا ضرر نشأ مباشرة عن الجريمة . ويمكن القيام بها في آن واحد مع الدعوى العمومية أو بانفرادها لدى

المحكمة المدنية،وفي هذه الصورة يتوقف النظر فيها إلى أن يقضى بوجه بات في الدعوى العمومية التي وقعت إثارتها . " [537]

و يكرس هذا الفصل قاعدة قانونية و هي قاعدة الجزائي يوقف النظر في المدني و التي تهم النظام العام أي أن القاضي المدنى كلما ثبت لديه وجود دعوى عمومية قد تم إقامتها يجب أن يوقف النظر من تلقاء نفسه و لا يمكن للأطراف الاتفاق على خلافها.

إلا أن المشرع التونسي لم يقم بوضع شروط هذه القاعدة بل رسم الفقهاء حدودها و شروطها . إذ يشترط لإعمال القاعدة توفر ثلاث شروط: أولا، أن تكون دعوى جزائية مقامة فعلا قبل الدعوى المدنية أو أثناء النظر فيها ، و ثانيا ، أن تكون الدعويين ناشئتين على واقعة مشتركة ، و ثالثا ، أن يتحد أطراف الدعويين .و تهدف قاعدة الجزائي يوقف النظر في المدني الى تفادي تناقض الأحكام بين المحاكم المدنية و المحاكم الجزائية .

و ينبغي الإشارة إلى أن القراءة الحرفية و الضيقة للفصل 7 من مجلة الإجراءات الجزائية ، تجعل منه فصلا لا ينطبق على الدعاوى الشغلية باعتبار الدعوى الجزائية و الدعوى الشغلية دعويين منفصلتين و مستقلتين عن بعضهما و لا يمكن الأخذ بمبدأ الجزائي يوقف النظر في المدني للاعتبارات التالي ذكرها :

فالمشرع يشترط أن تكون الدعوى العمومية و الدعوى المدنية لهما نفس الأساس و هو الجرم المرتكب فالأولى الغاية منها هي إيقاع العقوبة الجزائية ، أما الثانية فهدفها تحديد التعويض عن نتائج الفعل المجرم تجاه الغير . و تطبيقا لقاعدة الجزائي يوقف النظر في المدني فان المؤجر يمكنه أن يقوم بالحق الشخصي طالبا التعويضات المدنية الناجمة عن الجرم المرتكب من طرف الأجير أمام الدائرة الجزائية المتعهدة بالنظر أو أن يقوم بدعوى مدنية مستقلة أمام القاضي المدني و في هاته الحالة فان القاضي المدني مطالب بإيقاف النظر و انتظار مآل الشكاية الجزائية . و تبعا لذلك نستنتج ان هذه القاعدة لا تنطبق على النزاعات الشغلية التي يكون فيها الطرف المتضرر في الدعوى الجزائية هو طرف مدعى عليه في الدعوى الشغلية، ففي الدعوى الجزائية المتضرر هو المؤجر أما في الدعوى الشغلية فان المدعي طالب المستحقات فهو الأجير و بالتالي لا نجد لا اتحاد في الموضوع و لا اتحاد في الطرف القائم بالدعوى .

غير أن هذا التأويل لم يكن ليحظى بإجماع الفقهاء و لم يكرسه فقه القضاء بصفة مسترسلة اعتمادا على التأثير المباشر لمآل الدعوى الجزائية على مال الدعوى الشغلية .

[537] في القانون المغربي ينص الفصل 10 من قانون المسطرة الجنائية المغربية " ... يجب أن توقف المحكمة المدنية البت في الدعوى الى أن يصدر حكم نهائي في الدعوى العمومية التي تم إقامتها " .

ب ـ تطبيق قاعدة الجزائي يوقف النظر في المدني و خصوصية النزاعات الشغلية :

في إطار العلاقة الشغلية ، قد تطرح وضعية يكون فيها الأجير قد ارتكب فعلا مجرما كالاعتداء بالعنف على مؤجره أو السرقة و الذي قام بإيقافه عن العمل أو طرده و قام بإثارة دعوى عمومية في الغرض و في نفس الآن تعهد القاضي الشغلي بقضية شغلية مقامة من طرف الأجير طلبا لمستحقاته الناتجة عن الطرد التعسفي .

فهل أن القاضي الشغلي الذي ثبت لديه إقامة دعوى عمومية من طرف المؤجر مطالب قانونا بإيقاف البت في النزاع الشغلي إلى حين البت في الدعوى الجزائية ؟

من الملاحظ أن فقه قضاء المحاكم التونسية متذبذب بين تطبيق القاعدة القانونية القائلة بأن الجزائي يوقف النظر في المدني و بين خصوصية المادة الشغلية .

إذ نجد شقا لا بأس به من فقه القضاء خاصة في الطور الابتدائي يعتبر أن الدعوى الشغلية دعوى لها خصوصية و يقر بعدم تلازم الدعويين الشغلية و الجزائية بل أنهما دعويين مستقلتين و مختلفتين من حيث المعنى و من حيث الهدف باعتبار أن الأولى تهدف إلى حماية حقوق ذات صبغة مالية و هي المستحقات المالية الناتجة عن القطع التعسفي للعلاقة الشغلية و هي مستحقات كذلك ذات صبغة معاشية ، و الثانية تهدف إلى إيقاع عقوبة جزائية تجاه الشخص الذي ارتكب جرما مهما كان الإطار الذي وقعت فيه الجريمة . بل أن وقوع الجريمة في إطار علاقة شغلية له تأثير فقط على تكييف الجريمة و تحديد مدى العقوبة تشديدا [538].

و في إطار نفس المحكمة و من دائرة شغلية إلى أخرى ، تختلف الاتجاهات و التأويلات فعلى سبيل المثال في الحكم الشغلي عـــدد 45280 الصادر بتاريخ 2016/01/21 عن المحكمة الابتدائية ببن عروس ورد بإحدى حيثياته : " و حيث و لئن تصادق طرفي الدعوى على واقعة الطرد فان نائب المدعى عليها (المؤجرة) لم يقدم ما من شأنه إثبات الخطأ الفادح ضد المدعي و ما يفيد عرضه على مجلس التأديب و باتت دفوعاته في خصوص اعتداء المدعي على ممثل المطلوبة بالعنف مجردة و اتجه عدم اعتمادها **ناهيك أن الدعوى الجزائية المحتج بها لا تزال جارية** " . و بالتالي فان القاضي الشغلي اعتبر الدعوى الجزائية الجارية غير مقيدة للدعوى الشغلية و بالتالي تجاوز مبدأ الجزائي يوقف النظر في المدني .

و في نفس السياق وفي إطار تجاوز قاعدة الجزائي يوقف النظر في المدني ، نجد القاضي الشغلي يعتمد أسلوبا أكثر براعة لتجاوز هذه القاعدة فيطالب المؤجر (الشاكي في الدعوى الجزائية) أو الطرف الذي تقتضي مصلحته الإسراع في البت بتقديم نسخة من محضر البحث أو من محاضر الاستنطاق موضوع الشكاية الجزائية حتى يتسنى له التمعن و التأكد من جديتها و على ضوء ذلك فانه يتخذ قراره في انتظار مال الشكاية الجزائية الجارية أو بالبت في النزاع الشغلي حتى و لو كانت الدعوى الجزائية لا تزال جارية [539].

و هناك منحى آخر و في نفس الاتجاه ، و بأسلوب قانوني يتجاوز القاضي الشغلي مبدأ الجزائي يوقف النظر في المدني بتركيزه على مدى احترام الإجراءات القانونية كعدم عرض الأجير على مجلس التأديب أو عدم احترام سلم العقوبات المعتمدة ضمن ما يتعارف على تسميته بالقانون التأديبي و بالتالي ينتهي القاضي إلى البت في النزاع الشغلي دون انتظار مال الدعوى الجزائية معللا حكمه بمخالفة الإجراءات القانونية و الإنهاء الغير مبرر للعلاقة الشغلية[540].

---

[538] حكم شغلي عـــدد 45280 بتاريخ 2016/01/21 عن المحكمة الابتدائية ببن عروس عن الدائرة الشغلية الثانية غير منشور و قضت فيه المحكمة باعتبار الطرد تعسفيا و بجملة من المستحقات دون انتظار مال الدعوى الجزائية و دون تعليل سبب عدم انتظار مالها .

[539] حكم شغلي عـدد 47240 الصادر بتاريخ 2016/03/09 عن المحكمة الابتدائية ببن عروس عن الدائرة الشغلية الثالثة غير منشور و الذي وقع فيه مطالبة المدعية (الأجيرة) بتقديم نسخة قانونية من محضر البحث بخصوص الشكاية الجزائية التي تقدم بها المؤجر حتى يتسنى للمحكمة تحديد موقفها من انتظار مال الدعوى الجزائية المنشورة .

[540] حكم شغلي عـــدد 42373 صادر بتاريخ 11/14/ 2014 عن المحكمة الابتدائية ببن عروس الدائرة الشغلية الثالثة غير منشور

و يتأكد من تفحص الأحكام الشغلية الابتدائية الدرجة تذبذب المحاكم من حيث تعليل عدم انتظار مال الشكاية الجزائية ، حتى و ان كان من البديهي و راسخا في ذهن القاضي الشغلي أن الدعاوى العمومية المثارة في إطار علاقة شغلية هي ، في أغلبها شكاوى تعسفية و لتعطيل النظر في الدعوى الشغلية ، إلا أن ذلك لا يمنحه الحق في تجاوز التعليل عن سبب عدم تطبيق مبدأ الجزائي يوقف النظر في المدني أو تعليل تطبيقه في حال تطبيقه .

و هو ما يجعلنا نلاحظ أن فقه القضاء نحى منحا أخر على مستوى الدرجة الثانية للتقاضي أي في محاكم الاستئناف التي تطبق في أغلبها قاعدة الجزائي يوقف النظر في المدني معتبرة المبدأ يهم النظام العام و يجب البت في القضية الجزائية ليتسنى للقاضي الشغلي تحديد وجود السبب الجدي و الحقيقي للطرد من عدمه .

إلا أن القانون الفرنسي ، تبنى صيغة الوضوح ورفع اللبس باعتبار اختناق المحاكم الجزائية بالدعاوى الجزائية المقامة بصفة تعسفية و على أساس سوء النية لتعطيل النظر في الدعاوى المدنية لربح الوقت . فأقر تنقيح الفصل 4 فقرة ثالثة من مجلة الإجراءات الجزائية ، أساس القاعدة القانونية الجزائي يوقف النظر في المدني في القانون الفرنسي ، بمقتضى القانون الصادر في 2007/03/04 [541] الذي أقر صراحة :

« *La mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil* ».

فالفصل 4 من مجلة الإجراءات الفرنسية و منذ سنة 2007 لا يلزم القاضي المدني و بالتالي القاضي الشغليبإيقاف البت في الدعوى الشغلية إلى حين البت في الدعوى الجزائية بل يبقى إيقاف النظر من عدمه أمرا راجعا إلى السلطة التقديرية للقاضي ابحسب ما يتوفر لديه من معطيات .

II. أسس و اثأر مبدأ الأجل المعقول للمحاكمة في المادة الشغلية :

قد يطرح الواقع وضعيات قانونية تضع القاضي الشغلي في وضعية مزعجة قانونيا خاصة إذا ما تعلق الأمر بتدخل دعوى في مسار دعوى أخرى . لذا وجب الرجوع إلى القواعد العامة للقانون حتى يتمكن القاضي الشغلي من فض النزاع الشغلي المعروض أمامه و الذي تسايرت و تداخلت في مساره دعوى جزائية و دون المساس بالمبادئ العامة للقانون و دون المساس بمبدأ الجزائي يوقف النظر في المدني .

فالأجل المعقول للأحكام القضائية جزء لا يتجزأ من العدالة تصديقا لمقولة " العدالة البطيئة صورة من صور اللاعدالة " La justice lente est une forme d'injustice.

و ما من شك أن العدالة تبقى مبدأ قانوني و معنوي و هي منوطة بعهدة الدولة التي تعد ضامنها الوحيد و هو مفهوم تتداخل فيه العديد من الظرفيات .

و قد عرف الفقيه دافيد هوم الشروط الأساسية للعدالة و أقر أن العدالة وليدة اتفاقات بين الأفراد هدفها إصلاح و علاج نقائص و سلبيات التقاء بعض الصفات الإنسانية و هي صفتي الأنانية و العطاء اللامحدود و متطلبات و طموحات و شهوات الإنسان [542].

[541] Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, JO du 6.prudis-cgt.net/IMG/pdf/240.pdf

[542]David Hume ; Dictionnaire de la culture juridique sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials ; Lamy PUF page 891 . selon David Hume : « La justice est une vertu compensatoire, un remède à une situation faite d'égoïsme subjectif et de rareté objective qui empêche les hommes de jouir des choses en commun et qui les contraint à distinguer leurs possessions » .

إلا أن العدالة لا تتحقق فقط باللجوء إلى المؤسسة القضائية للحصول على الحقوق المنهوبة أو المنشودة بل تتجاوزها لتكون عدالة في آجال معقولة إذ يجب الأخذ بعين الاعتبار عامل الزمن و الأجل للحديث على محاكمة عادلة . فالأجير المدعي في دعوى شغلية هو طالب لحقوق لها صبغة معاشية مثل الأجر ، زيادة على كون الإيقاف عن العمل أو الطرد يتسبب في وضعية مربكة للفرد باعتبار المساس بوضعيته الاجتماعية (يتحول من أجير إلى عاطل عن العمل) و وضعيته المالية (غياب الأجر او المدخول الشهري) و وضعيته النفسية (الصبغة الفجئية و الغير متوقعة للإيقاف عن العمل أو الطرد) .

و نظرا للوضعيات المشار إليها التي يعيشها الأجير المدعي في القضية الشغلية ، أضحى عامل الأجل المعقول للمحاكمة و لفض النزاع الشغلي ، عاملا من شأنه توفير الإحساس بالعدالة .

لكن و لئن كانت الأسس القانونية للمحاكمة في الآجال المعقولة في النزاع الشغلي واضحة المعالم في القانون التونسي (فقرة أ) فان دراسة بعض القوانين المقارنة لا يقل أهمية (فقرة ب) .

ـ أ ـ الأسس القانونية للحق في محاكمة في آجال معقولة في النزاعات الشغلية في القانون الوطني :

الحق في المحاكمة في أجل معقول هو حق مضمون لكل متقاض . فلكل شخص الحق في الالتجاء للقضاء للحصول على حقوقه في اجال معقولة و هو حق مضمون دستوريا و يكرسه الفصل 108 من دستور الجمهورية التونسية لسنة 2014 و الذي ينص أنه " **لكل شخص الحق في محاكمة عادلة في أجل معقول** "[543].

و من الواضح و الجلي أن المحاكمة في أجل معقول أضحت التزاما قانونيا محمولا على المؤسسة القضائية و على القاضي الشغلي انطلاقا من الدستور الذي يعد أعلى نص قانوني في هرم النصوص القانونية و المبادئ التي يقرها لا يمكن خرقها أو تجاوزها [544] .

فالفصل 108 من الدستور يضع على عاتق القاضي الشغلي التزاما بنتيجة و هي البت في النزاع الشغلي في الآجال المعقول تحقيقا لحسن سير العدالة .

إلا أنه تنبغي الإشارة أنه لا نجد أي إشارة لهذا الالتزام القانوني الدستوري في إطار القانون الأساسي المتعلق بنظام القضاء و المجلس الأعلى للقضاء و القانون الأساسي للقضاة المؤرخ في 1967/07/14 و الفصل الذي يتعرض إلى ما له علاقة بالأحكام القضائية هو الفصل 23 من القانون المذكور و الذي ينص " **على القضاة أن يقضوا بكامل التجرد و بدون اعتبار الأشخاص أو المصالح و ليس لهم الحكم في القضية استنادا لعلمهم الشخصي و لا يمكنهم المناضلة شفويا أو كتابة و لو بعنوان استشارة في غير القضايا التي تهمهم شخصيا** "[545] .

و بالتالي استنادا إلى القانون الأساسي للقضاة لا نجد إلزاما قانونيا للقاضي الشغلي على ضرورة البت في النزاع الشغلي في الآجال المعقولة ، إلا أنه يبقى إلزاما دستوريا يمكن كل متقاضي من حق إثارته في كل أطوار القضية الشغلية سعيا لنيل حقوقه في الآجال المعقولة حتى و لو تسايرت قضيته الشغلية مع شكاية أو قضية جزائية من شأنها تعطيل النظر في حقوقه المنبثقة عن عقد الشغل .

و بمزيد التمحيص في مجلة الشغل نلاحظ أيضا أنه لا وجود لإلزام قانوني واضح بصريح النص للقاضي الشغلي بضرورة البت في القضية الشغلية في الآجال المعقولة بخصوص النزاعات الفردية و النزاعات الجماعية و في جميع أطوارها

---

543 دستور الجمهورية التونسية الصادر بتاريخ26جانفي 2014

544 و اعتمادا كذلك على المعاهدات الدولية التي صادقت عليها الدولة التونسية كالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية و السياسية في فصلها الثاني التي تلزم الدول الأطراف : ....بأن تكفل قيام السلطات المختصة بإنفاذ الأحكام الصادرة لمصالح المتظلمين http://www.un.org/..

545 القانون عـدد 29 لسنة 1967 المؤرخ في 1967/07/14 و المنقح بالقانون الأساسي عدد 79 لسنة 1985 المؤرخ في 1985/08/11 ، قاعدة البيانات ، النصوص القانونية المنظمة لقطاع الأمن فلي تونس، DCAF WWW.legislation-securite.tn

. غير أنه نجد فصل مدرج في إطار الباب الثالث عشر من مجلة الشغل و هو الفصل 384 مكرر الذي ينص على إمكانية" **تسمية رؤساء المجالس الجهويةو المجلس المركزي للتحكيم في المادة الشغلية من بين القضاة أو المسؤولين بالإدارة العموميةأو غيرهم من الأشخاص الذين تتوفر فيهم الكفاءة في ميدان الشغل** " و يواصل الفصل 385 مكرر المضاف بالقانون عـــدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21/02/1994 " **تصدر القرارات التحكيمية في أجل أقصاه عشرة أيام من تاريخ عرض ملف النزاع على مجلس التحكيم ....و تبلغ نسخ من القرار التحكيمي إلى طرفي النزاع في أجل 24 ساعة من تاريخ إصداره** "[546].

و يبقى التساؤل المطروح لماذا لا ينحى القاضي الشغلي منحى التحكيم في النزاع الشغلي الجماعي و تكون الأحكام الشغلية في الآجال المعقولة حتى تتوفر مقاييس العدالة للمتقاضي و المحاكمة في الآجال المعقولة ؟ و هل يحق للمتقاضي في المادة الشغلية الذي تأخر البت في ملفه بسبب شكاية جزائية تعسفية أن يلجأ للقضاء على أساس مسؤولية الدولة أو القاضي الشغلي الذي ساير الشكاية أو القضية الجزائية محترما مبدأ الجزائي يوقف النظر في المدني و متسببا في محاكمة في غير الآجال المعقولة ؟

و هناك نقطة قانونية أخرى لا ينبغي التغافل عنها و هي تحديد مفهوم الأجل المعقول بالنسبة الى مفهوم المحاكمة . إذ يختلف مفهوم " المحاكمة " ، ففي المعنى الضيق تعني النزاع الذي تعهد به القاضي الشغلي لدى محكمة الدرجة الأولى للتقاضي إلى حين البت فيه بحكم ابتدائي الدرجة . أما المعنى الموسع فيقصد بالمحاكمة جميع أطوار التقاضي أي الطور الابتدائي و الطور الاستئنافي و التعقيب إلى حين صدور حكم بات و نهائي و غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن .

و يبقى ، لاعتماد التعريف الضيق أو التعريف الموسع ، تأثيرا مختلفا و هاما على تحديد معنى مفهوم " المحاكمة في الأجل المعقول " . فمن جهة ، اذا تم اعتماد التعريف الضيق لكلمة المحاكمة فان الأجل المعقول سيتعلق بكل طور للتقاضي على حدة فنتحدث عن أجل معقول للطور الابتدائي و أجل معقول للطور الاستئنافي و أجل معقول للتعقيب لكن الإشكال أنه قد يكون أجلا معقولا لكل طور على حدة و أجلا غير معقول بالنسبة لمجمل أطوار التقاضي . و من جهة أخرى ، فان التعريف الموسع لكلمة المحاكمة تمكننا من الحديث عن محاكمة في أجل معقول بخصوص جميع أطوار التقاضي الى حين صدور حكم نهائي و بات بالرغم من كون أغلبية الأجل تم استهلاكه في الطور الابتدائي [547] .

و ما من شك أن الأجل اللامعقول في النزاعات الشغلية في المحاكم التونسية سببه الرئيسي هو قلة الإمكانيات للقاضي الشغلي و للدائرة الشغلية بصفة عامة : فنجد عددا كبيرا من القضايا الشغلية المنشورة بنفس المحكمة و في نفس الآن نجد نقصا في عدد الدوائر الشغلية و القضاة أو نجد إشكالا في الكتابة الشغلية في عدد الكتبة و الأشخاص المعهود لهم برقن الأحكام و وضعها على ذمة صاحبها في الأجل المعقول .

ـ ب ـ الحق في محاكمة في الآجال المعقولة في النزاعات الشغلية في القوانين المقارنة :

ينص الفصل 6 من الإعلان الأوروبي لحقوق الإنسان و التي صادقت عليها فرنسا منذ سنة 1950 أنه من حق كل شخص أن يلتجئ للقضاء لاستيفاء حقوقه و يكون البت في النزاع في الآجال المعقولة .و مفهوم الآجال المعقولة هو مفهوم مرتبط بحقوق المتقاضين و خاصة منهم المدعي في المادة المدنية و الشاكي في المادة الجزائية. إلا أن الأجل المعقول للمحاكمة هو مفهوم لم يتم تحديده بالنصوص القانونية بل بقي معيارا عاما رسم حدوده الفقهاء [548] و فقه القضاء و خاصة فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان .

---

[546] القانون عدد 27 لسنة 1966 مؤرّخ في 30 أفريل 1966 يتعلّق بإصدار مجلة الشغل ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عـدد 20 المؤرخ في 3 و 6 ماي 1966

[547] P.Cassia « Délai raisonnable de jugement » ;in les grands arretes du contentieux administratif ;Paris ;Dalloz 3 ème édition ;2011 ; page 115 - 116 .

[548] اعتبر الفقيه فرانك ابيكزار أن العدل هو المثل الأعلى الذي يجب الوصول إليه لكن يجب منحه للمتقاضي في أقرب الآجال

فقد اعتبرتالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن الأجل المعقول للمحاكمة هو التزام بتحقيق نتيجة و ليس التزاما ببذل عناية [549] . و قد تمت محاكمة الدولة الفرنسية في عديد المناسبات من طرف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من أجل عدم احترام الأجل المعقول للمحاكمة [550] . و على المستوى الوطني ، نجد قرار مجلس الدولة الشهير الصادر بتاريخ 28 جوان 2002 [551] و الذي أكد مسؤولية الدولة نتيجة عدم احترامها مبدأ الأجل المعقول للمحاكمة و تم الحكم بالتعويض لفائدة الطالبين المتضررين من المساس بحقهم الدستوري في المحاكمة في الأجل المعقول و الموثق بمعاهدة دولية مصادق عليها .

و عللت المحكمة قرارها بإدانة الدولة من أجل إنكار العدالة كذلك ، لا فقط بالرجوع الى الإعلان الأوروبي لحقوق الإنسان ، بل أكدت أولا أن الآجال الغير معقولة ليست فقط باعتبار عامل الزمن للنزاعات الفردية في المادة الشغلية;بل هي أجال غير معقولة بالنظر إلى طبيعة النزاع فالنزاع الشغلي هو نزاع يهم أطراف أحدهما هو طرف ضعيف و عادة ما يكون الأجير هو القائم بالدعوى خاصة في النزاعات الشغلية الفردية و هو ينازع قضائيا ليطالب بحقوق لها انعكاس على وضعه الاجتماعي و استقراره المالي و النفسي .

و منذ سنة 1981 أسست المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تيارا فقه قضائي يكرس الإسراع في البت في النزاعات الشغلية باعتبارها نزاعات من نوع خاص [552] .

فمن واجب الدولة أن توفر جميع الظروف و الوسائل الكفيلة بضمان المحاكمة في الأجل المعقول في المادة الشغلية و إلا اعتبرت في حالة تقصير متسبب في سوء سير المرفق العام للعدل و مبرر لإدانتها لإنكار العدالة [553] .

و تعتبر الصورة الرمزية المتمثلة في إثارة مسؤولية الدولة مشخصة في المرفق العام للعدل تأكيدا على القيمة القانونية العلوية و الواضحة لمبدأ الأجل المعقول للمحاكمة في المادة المدنية بصفة عامة و في مادة الشغل بصفة خاصة باعتبارها مادة تنظم علاقات اجتماعية مفردة و فريدة من نوعها و هي علاقة العمل و ما يترتب عنه من تأثيرات على حياة الفرد .

في الدول العربية سنتعرض الى القانون المصري .

ففي النظام القانوني المصري لا نجد أي إشارة إلى مفهوم الأجل المعقول في النزاعات بصفة عامة و في النزاعات الشغلية بصفة خاصة .فالفصل 97 من الدستور المصري الصادر بتاريخ 2012/12/26 و المنقح باستفتاء شعبي في سنة 2014 ينص " **التقاضي حق مصون ومكفول للكافة. وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي، و تعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعى، والمحاكم الاستثنائية محظورة** "[554] .

« le juste étant un idéal à atteindre encore faut-il qu'il soit offert au justiciable le plus rapidement possible en temps réel …. » F.ABIKHZER « Le délai raisonnable dans le contentieux administratif : un fruit parvenu à maturité ! » ;AJDA ; 2005 ; page 985 .

[549]Cour Européenne des Droits de l'Homme ; 27 Juin 2000 ; n° 30979 ; Frydlender / France § 45 .
CourEuropéenne des Droits de l'Homme ; 28 novembre 2000 ; n° 38398 ; Leclercq /France § 30 .

[550]Cour Européenne des Droits de l'Homme ; 11 Février 2010 ; n° 24997 Malet / France .
[551]Arrêt du Conseil d'Etat du 28 Juin 2002 ; le garde des sceaux/ ministre de la justice / M. Pierre n° 239575 .
[552]Selon la cour européenne des droits de l'homme « une rapidité particulière s'imposait dans le contentieux du travail » Arrêt ; Buchholz / Allemagne 1981 .
Voir aussi : « Délais déraisonnables de la procédure prud'homale :l'Etat condamné » par Steve Doudet ; publication dans la Revue « Semaine Sociale Lamy » ,édition du 12/03/2012 .
[553]Jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris du 18/01/2012 n°11/02506 :
« Le délai anormal équivaut à un déni de justice en ce qu'il prive le justiciable de la protection juridictionnelle qu'il revient à l'Etat de lui assurer…..d'autant qu'il s'agit d'un litige du travail qui appelle une décision rapide ».
- Voir aussi : « A propos du délai raisonnable » par Kleber DEROUVROY , chronique ouvrière ; www.chronique-ouvrière.fr
[554]www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014.pdf

و بالتالي فان الدستور المصري لا يعتبر مسألة الأجل المعقول في المحاكمة التزاما بنتيجة من طرف المرفق العام للعدل بل هو التزام ببذل عناية . فالدولة " **تعمل على سرعة الفصل في القضايا** "و سرعة الفصل في القضايا مفهوم مختلف تماما عن مفهوم الأجل المعقول . فهو مفهوم ينتج عنه عدم مسؤولية الدولة بسبب الأجل المشط للمحاكمة في المادة الشغلية . و بالتالي في المادة الشغلية و حسب القانون المصري يمكن الإذن بتأخير ملف شغلي مطروح أمام أنظار القاضي الشغلي كل حسب اجتهاده : فإذا كان القاضي الشغلي شديد الالتصاق بتطبيق قاعدة الجزائي يوقف النظر في المدني فان القضية الشغلية لن يتم البت فيها إلا عند البت نهائيا في القضية الجزائية و ستكون الآجال حتما آجالا غير معقولة ، أما إذا كان القاضي الشغلي يعتمد على الاجتهاد في قراءة النص القانوني و ربطه بطبيعة النزاع و يعتمد على سلطته التقديرية لسرعة الفصل في القضايا الشغلية التي تسايرها قضايا جزائية فان أجل المحاكمة يمكن أن يكون أجلامعقولا .

و يستخلص مما تقدم بسطه أنه يتجه حسم مسألة تواجد مبدأين قانونين قد يتضاربان إذا التقيا .

فلا يستساغ أن يقبل القاضي الشغلي مغمض العينين بمبدأ الجزائي يوقف الشغلي أو يتجاوز عدم تطبيقه دون تعليل أو بالاستناد إلى تعليل وهن يجعل الحكم معرضا للنقض من طرف محكمة الدرجة الثانية ، و يجب الإقرار كذلك بخصوصية المادة الشغلية التي تفرض الحد من القاعدة على مستوى النصوص بوضع نصوص قانونية توجه فقه القضاء إلى اتجاه التوازن بين الدعوى الشغلية و الدعوى الجزائية المسايرة لها بوضع نص قانوني واضح ، لا يسمح بتقييد القاضي الشغلي و يمنحه سلطة تقديرية واضحة في تقدير تأثير الدعوى الجزائية على الدعوى الشغلية و تقدير مدى وجاهة انتظار مال الدعوى الجزائية من عدمه . بل أكثر من ذلك و في إطار التناغم بين القوانين و الدستور ، اتجه تعديل مبدأ الجزائي يوقف المدني إلى ما يجعله يتوافق مع مبدأ الأجل المعقول المنصوص عليه بالدستور .

قاضي الشغل ومراقبة الطرد

عصام الأحمر

مستشار بمحكمة التعقيب

يعتبر قانون الشغل أحد أهم فروع القانون الاجتماعي[555] لاتصاله الوثيق بتنظيم العلاقات الشغلية الفردية والجماعية ولما أضفي عليه من صبغة حمائية استندت تاريخيا على المطلبية النقابية وقدمت العامل على أنه الطرف الضعيف في العقد في مواجهة المؤجر الذي يعتبر الطرف المهيمن في العلاقة الشغلية.

فظهور قانون الشغل أو بالأحرى قانون العمل يعود إلى منتصف القرن التاسع عشر تقريبا إثر الثورة الصناعية التي تجسمت في التحول من المرحلة اليدوية إلى المرحلة الآلية[556] وهو ما استتبع بالضرورة ظهور نهضة صناعية في الدول الغربية.

أما بالنسبة إلى البلاد التونسية فإن "ما أصاب الصناعة بتأخر آلات الإنتاج فيها قد أصاب الزراعة أيضا"[557] فكان من الطبيعي أن يتأخر ظهور قانون العمل في هذه الربوع إلى حين انتصاب الحماية الفرنسية على البلاد التونسية التي هيئت الظرف المناسب لرؤوس الأموال الفرنسية الكبرى لتستثمر في المناجم ومد السكك الحديدية وإنشاء المعامل وأفران الجير والسيمان ووجدت جندا من البطالين واقفا ينتظرها فأخذت قدر حاجتها منه وعرفت كيف تستخدمه الخدمات الشاقة بأجرة تناسب احتياجه إليها[558] وبظهور التحركات العمالية في إطار نقابي ظهرت بعض النصوص القانونية المقرة لحماية العامل.

ولئن تولت البلاد التونسية إعادة تقنين قانون الشغل أو بالأحرى إصدار مجلة جديدة سنة 1966 فإن هذه المجلة لم تخرج عن الإطار السياسي والتاريخي للبلاد التونسية ولم تسلم من عيوبها فأعيد كتابة الأوامر العلية وتبويبها في مظهر معاصر مع المحافظة على أغلب محتويات التنظيم السابق للعلاقات المهنية بل من الأخطاء الفاضحة أن بتم إدراج أحكام الأمر العلي المتعلق بالعمل النقابي ضمن مجلة الشغل الجديدة .

وإذ نحتفل اليوم بالذكرى الخمسين لهذه المجلة فإننا نحيي ذكرى تجميع الأوامر العلية ولا يسعنا في هذا المجال سوى المطالبة بإعادة النظر في مجلة الشغل وإصدار مجلة جديدة تستجيب لمقتضيات العصر وتندرج ضمن القانون الاقتصادي إذ يتوقف النمو وخلق الثروة على وجود علاقات عمل ثابتة مستقرة أساسها التفاوض الجماعي.

وقد مرّ تطور قانون الشغل بمراحل ثلاث تميزت **الأولى بالنزعة الفردية في العلاقات الشغلية** التي تقوم على أساس عقدي يعتمد التفاوض المباشر بين الأجير والمؤجر في إطار أحكام مجلة الالتزامات والعقود الصادرة في 15 ديسمبر1906[559] - رغم ما شاب أحكامها من حذر في الفصل بين عقود الإجارة على خدمة الآدمي والرق - فيما تميزت **المرحلة الثانية بالتحول من العلاقات الفردية إلى العلاقات الجماعية تحت ضغط التنظيمات الاجتماعية والاقتصادية** التي دفعت الدولة إلى التدخل لتأطير علاقات العمل وهو ما أدى إلى ظهور الاتفاقيات أو العقود المشتركة[560] واعتبارا لكثافة تدخل الدولة في تنظيم علاقات العمل فقد مر قانون الشغل إلى **المرحلة الثالثة من مراحل تطوره والمتمثلة**

---

[555] – هناك جدل فقهي اليوم حول تصنيف قانون الشغل وتحديد ما إذا كان يمثل فرعا من فروع القانون الاجتماعي أو أحد فروع القانون الاقتصادي.

[556]– المنجي طرشونة "تاريخ قانون العمل في تونس" المجلة التونسية للقانون الاجتماعي العدد الأول سنة 1986، ص.43

[557]– الطاهر الحداد، العمال التونسيون وظهور الحركة النقابية" الدار التونسية للنشر، ص. 29.

[558]– الطاهر الحداد، المرجع السابق الذكر، ص. 35

[559]- M.HELLAL «La formation Historique du droit du travail en Tunisie » RTDS n°1, 1986, p. 45

[560]– تم اعتماد الإتفاقيات المشتركة في البلاد التونسية بموجب الأمر المؤرخ في 14 أوت 1936.

في الفترة النظامية "Statutaire" التي اتسمت بهيمنة المصادر الرسمية لقانون الشغل على تنظيم علاقات العمل[561]. غير أن التطور الاقتصادي والاجتماعي وتطور المؤسسات القانونية أدى **إلى التخلي تدريجيا عن الصبغة الحمائية التي أضفيت على قانون الشغل وحلّ محلها مفهوم التوازن في العلاقات الشغلية.** فقد أوضح أغلب الفقهاء أن قانون الشغل ليس سوى أداة لتحقيق التوازن الاجتماعي[562] باعتبار أن المؤسسة أصبحت اليوم وحدة اقتصادية واجتماعية للإنتاج.

غير أن اليوم تشهد تونس مرحلة جديدة من مراحل تطور العلاقات المهنية سواء من حيث المصادقة على اتفاقيات منظمة العمل الدولية أو من حيث العقد الاجتماعي جديد خاصة بعد صدور تقرير منظمة العمل الدولية حول الوضع في تونس الذي أختير له عنوان "**عقد اجتماعي جديد من أجل نمو صحيح وعادل" وتأكيد المدير العام لمنظمة العمل الدولية في مداخلته على ضرورة وأهمية دخول تونس في مرحلة جديدة من العدالة الاجتماعية.**

ولئن تضمن العقد الاجتماعي الجديد بعض المفاهيم الحديثة المنظمة للعلاقات المهنية مثل التوازن في علاقات العمل ومصلحة المؤسسة والعمل اللائق فإن اختزال الأطراف الاجتماعية الممضية على العقد الاجتماعي في الاتحاد العام التونسي للشغل والاتحاد التونسي للصناعة والتجارة حدّ من جدوى العقد بما نزّله منزلة الاتفاقية الإطارية المشتركة المنطبقة في القطاعات غير الفلاحية.

وتتطلب المادة الشغلية بحكم خصوصية العلاقات المهنية، الحركية المستمرة ومواكبة نسق تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وبذلك يكون فقه القضاء في المادة الشغلية أداة لإضفاء مزيد من الحركية والمرونة على القاعدة القانونية والتخفيف من بطئ التدخل التشريعي الذي يتطلب إتباع إجراءات خاصة.

والإقرار بالطبيعة الخاصّة لأحكام قانون الشغل لا ينفي إمكانية اللجوء إلى القواعد العامة للقانون المدني وخاصة منها المتعلقة بالعقد، وهو ما أفرز فقه قضاء ثري ومتنوع يلائم بين القاعدة القانونية الخاصة الواردة بمجلة الشغل والقاعدة العامة الواردة بمجلة الالتزامات والعقود.

أمّا من الناحية الإجرائية فإن إفراد القضاء الشغلي بعدد من القواعد الخاصة وبهيئات قضائية متخصصة وذات تركيبة خصوصية جعل المراوحة بين أحكام المرافعات المدنية والتجارية وقواعد المرافعات في المادة الشغلية مصدرا لثراء فقه القضاء.

غير أن هذا الثراء لا يمكنه أن يحجب الإشكال المتعلق بمدى توفق القضاء الشغلي في مواكبة تطور قانون الشغل من خلال سلطة مراقبة الطرد.

ويبدو من خلال فقه القضاء أن القضاء الشغلي لم يتمكن من التخلص من رواسب النظريات التقليدية لقانون الشغل ومازال متمسكا بمقولة الأجير الطرف الضعيف في العقد والقضاء يتولى حمايته . غير أن البحث عن آليات الحماية جعل القضاء الشغلي ينحرف بسلطة الرقابة على الطرد (المبحث الأول) ويفرط في سلطة رقابة على الطرد (المبحث الثاني)

وبذلك تم المرور من تعسف المؤجر إلى تعسف القاضي ، فتعسف المؤجر يتسلط على الأجير وتعسف القاضي يتسلط على القاعدة القانونية

يبدو من خلال متابعة القرارات القضائية الصادرة خلال الخمس سنوات الأخيرة أن القضاء الشغلي لم يتمكن من التخلص من رواسب النظريات التقليدية لقانون الشغل ومازال متمسكا بمقولة الأجير الطرف الضعيف في العقد والقضاء

[561]-Noë – Ladhari : Traité de droit du travail et de la sécurité sociale, Union générale Tunisienne du travail Tunis – 1971, p..32.

[562]-HATEM.Kotrane : "La Tunisie et le Droit au travail".. Tunis 1992 p. 94 : "c'est dire. En définitive que de droit du travail n'est autre que cette branche du droit économique définissant une sorte d'équilibre, des rapports sociaux, à même d'associer l'entreprise à l'effort de développement économique et social".

يتولى حمايته وتصنيف عقد الشغل ضمن عقود الإذعان. غير أن البحث عن آليات الحماية جعل القضاء الشغلي ينحرف بسلطة الرقابة على الطرد (المبحث الأول) ويفرط في سلطة رقابة على الطرد (المبحث الثاني)

وبذلك تم المرور من تعسف المؤجر إلى تعسف القاضي، فتعسف المؤجر يتسلط على الأجير وتعسف القاضي يتسلط على القاعدة القانونية.

المبحث الأول : الانحراف بسلطة الرقابة على الطرد: من مراقبة الشرعية إلى مراقبة اللاءمة

إن دور القاضي الشغلي في الدعوى الشغليّة لا ينحصر في القيام بإجراء معيّن أو إنجاز عمل محدّد وإنّما يتسع ليشمل كافة مراحل الدعوى فيتولى مراقبة مدى توافر شروط القيام بالدعوى[3] ومدى صحة إجراءات نشر القضية واحترام الآجال وتفحّص المؤيدات وتقدير الأدلة وتحديد النصوص القانونية أو الإتفاقية المنطبقة والبت في الدعوى، ولئن كانت هذه المهام لا تختلف كثيرا عن المهام الموكلة إلى القاضي المدني فإن القاضي الشغلي يتمتع بصلاحيات أوسع في توجيه الدعوى الشغليّة، فيكون طرفا فاعلا ومؤثرا دون الإخلال بمبدإ حياد القاضي[1]، وتتأكدخصوصية دور القاضي الشغلي في الدعوى من خلال السلطة الّتي خوّلها له المشرع في خصوص مراقبة الطرد ،إذ اقتضى الفصل 14 خامسا من م ش أمه:" يرجع للقاضي تقدير مدى وجود الصبغة الحقيقية والجدية لأسباب الطرد ومدى احترام الإجراءات القانونية أو التعاقدية المتعلقة به، وذلك بناء على عناصر الإثبات المقدمة إليه من طرفي النزاع ويمكنه لهذا الغرض الإذن بإجراء كل وسيلة تحقيق يراها لازمة (الفقرة الأولى) غير أن إعمال هذه السلطة أدى إلى الانحراف بسلطة الرقابة لتتحول إلى مراقبة الملاءمة (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : القاضي الشغلي ومراقبة الشرعية

تطلق عبارة قانون الشغل على مجموعة القواعد والأحكام القانونية والاتفاقية المنظمة للعلاقات المهنية باستثناء ما تعلّق منها بالوظيفة العمومية. وتبعا لذلك فإن قانون الشغل يشمل الأحكام القانونية الواردة بمجلة الشغل وبعض القوانين الأساسية الإطارية أو الخاصة[1]563وكذلك عقود العمل الجماعية التي تعرف باسم الاتفاقيات المشتركة[2]، وعقود العمل الفردية إلى جانب المصادر الدولية لقانون الشغل والمتمثلة في الإتفاقيات الدولية والعاهدات الثنائية.

والتدرج أو المفاضلة بين هذه القواعد تعتمد على **مبدأ إعمال القاعدة الأنفع بالنسبة للعامل**، وهو مبدأ يتصل **بالنظام العام الإجتماعي** ويتعيّن على المحاكم الشغلية إثارته والتمسك به من تلقاء نفسها ودون توقف على إثارته من أحد الأطراف. وتبعا لذلك فإن مفهوم النظام العام الإجتماعيلايمكن أن ينحصر في "**مجموعة القواعد الآمرة سواء كانت أصلية أو إجرائية**". وإنما يستوجب من القاضي التدخل لإعمال القاعدة الأفضل بالنسبة إلى العامل دون اعتبار لمصدرها سواء كان وطنيا أم دوليا أو مهنيا.

فتشريع الشغل يمثل مجموعة القواعد الآمرة المنظمة للحقوق الدنيا للأجير والتي يمكن بموجب الاتفاقيات الجماعية أو الفردية الإضافة إليها[3] فضلا عن أن الإتفاقيات الدولية المصادق عليها وإن كان أعلى مرتبة من القانون فإنها عادة ما

---

[3]يراجع الفصل 19 من م.م.م.ت.

[1]الفصل 12 من م مم ت.

[1]القانون عدد 85 لسنة 1985 المؤرخ في 1985/08/05 المتعلق بضبط النظام الأساسي العام لأعوان الدواوين والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية والشركات التي تملك الدولة أو الجماعات العمومية المحلية رأس مالها بصفة مباشرة وكلية.

[2]الاتفاقية المشتركة الإطارية والاتفاقيات القطاعية واتفاقيات المؤسسات.

[3]G.H. Camerlymck – Gérard Lyon Caen – Jean Pélidssier : Droit du Travail – Dalloz – 13ème édition 1986 P. 38.

تتضمن أحكاما خاصة تقر مبدأ محافظة العمال على حقوقهم المكتسبة، وعلى المحكمة عند البت في النزاع اختيار القاعدة التي توفر للعامل حقوقا وضمانات أوفر. وبالتالي فإن **مفهوم النظام العام الإجتماعي يقتضي التدرج والمفاضلة بين قواعد قانون الشغل** في مفهومه العام مراعاة لمصلحة الأجير.

وتأسيسا على ذلك فإنّ فصل النزاع الشغلي ينطلق أساسا من تحديد النصوص القانونية والاتفاقية المنظمة للعلاقة الشغلية وذلك بتحديد الاتفاقية المشتركة القطاعية المنظمة للنشاط المهني ثم ضبط الحلول الواردة بالاتفاقية الإطارية وبالقواعد القانونية والإتفاقيات الدولية المصادق عليها ثم النظر في الشروط الخاصة الواردة بعقد الشغل والترجيح بينها باعتماد مبدأ القاعدة الأكثر نفعا بالنسبة للعامل.

فقد إقتضى الفصل 14 خامسا من مجلّة الشغل الذي أضيف بموجب القانون عدد 29 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 أنه:" يرجع للقاضي تقدير مدى وجود الصبغة الحقيقية والجدية لأسباب الطرد ومدى احترام الإجراءات القانونية أو التعاقدية المتعلقة به، وذلك بناء على عناصر الإثبات المقدمة إليه من طرفي النزاع ويمكنه لهذا الغرض الإذن بإجراء كل وسيلة تحقيق يراها لازمة." وتجدر الإشارة إلى أن عبارة "السبب الحقيقي والجدي" تنصرف في الأصل إلى المبررات القانونية لإنهاء العلاقة الشغلية والخارجة عن إرادة المؤجر غير أن المشرع التونسي إعتبر الهفوة الفادحة الصادرة عن الأجير سببا مبررا لإنهاء العلاقة الشغلية إذ اقتضى الفصل 14 رابعا أنه: "يعتبر الخطأ الفادح من الأسباب الحقيقية والجدية التي تبرر الطرد". وأكدت محكمة التعقيب هذا الموقف إذ صرحت:" أنَ أحكام الفصل 14من مجلة الشغل صريحة في اعتبار أن للقاضي وحده تقدير وجود الصبغة الحقيقية والجدية لأسباب الطرد وذلك على ضوء الدلائل ووسائل الإثبات المدلى بها من قبل طرفي النزاع"[1].

وتبعا لذلك فإن قاضي الشغل يكون مطالبا عند النظر في الدعوى الشغلية بالبحث في الأفعال المنسوبة إلى الأجير لتبيّن مدى توافر شروط الهفوة الفادحة وكذلك البحث في الأفعال التي يتمسك بها المؤجر لتبرير إقدامه على طرد العامل للتثبت من مدى توافر الشروط المستوجبة لإعتماد السبب الحقيقي والجدي المبرر للطرد.

1) تقدير جسامة الهفوة

يعتبر تقدير جسامة الهفوة من الأعمال الأساسية التي تضطلع بها دائرة الشغل بإعتبارها من المسائل الواقعية التي تخرج عن مراقبة محكمة التعقيب طالما كان قضاؤها معللا تعليلا مستساغا. ولئن مثلت "الهفوة الفادحة" مصدر ثراء فقه القضاء في المادة الشغلية فإنه يمكن في هذا الإطار الإكتفاء بذكر بعض الأمثلة لمراقبة القضاء للهفوة الفادحة الموجبة لإنهاء العلاقة الشغلية.

فقد صرّحت محكمة التعقيب أن: "**الحراسة هي ركن من أركان عقد الشغل الرابط بين الطرفين وأن النوم أثناء ساعات العمل يعد خطأ فادحا وإخلالا بالواجبات إذ يعرض مصالح المؤجر للخطر وليست كل الوثائق المحررة من المؤجرة لا يمكن إعتمادها نظرا لكونها حررت تنفيذا لأحكام قانونية أو اتفاقية**"[1].

ولئن أكدت محكمة التعقيب عند البحث في الهفوة المنسوبة إلى الأجير في مدى ثبوت إخلال الأجير بإلتزام مهني سابق فإنها مع ذلك أكّدت على خطورة هذا الإخلال بالنسبة إلى المؤسسة المؤجرة وبالتالي فإن الهفوة الفادحة تمثل إخلالا من الأجير بإلتزام سابق من شأنه أن يلحق ضررا بمصالح المؤسسة المؤجرة.

وفي نفس هذا السياق أوضحت محكمة التعقيب أنه "**لا خلاف في أن إعتداء العامل على رئيسه أثناء العمل بأيّة وسيلة من الوسائل كالسبّ أو الشَتم أو الثَلب أو التَهديد أو العنف كما أنّ الإضرار بأملاك المؤسّسة أو العمل أو التقصير المتعمّد الذي**

---

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 72551 مؤرخ في 1999/11/8 غير منشور.

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 36312 مؤرخ في 26 جانفي 1995 نشرية محكمة التعقيب لسنة 1995 القسم المدني.

من شأنه أن يلحق ضررا بمكاسبها أو التخفيض في نوعيّة الإنتاج الناجم عن سوء استعداد ظاهر كلّ منها تعتبر هفوة فادحة تبرّر لوحدها الطّرد[564(2)].

واعتبارا أن قائمة الأخطاء الفادحة الواردة بالفصل 14 رابعا من م.ش جاءت على سبيل الذكر فقد أمكن للقضاء الشغلي إعمال سلطته التقديرية في تحديد مدى جسامة الهفوة فأوضحت محكمة الاستئناف بقابس أنه: "**وحيث تعتبر المحكمة أن الخطأ الفادح المنسوب للأجير والمتمثل في ممارسة نفس النشاط كميكانيكي لحسابه الخاص وبصفة موازية ثابت من خلال شهادة الشاهدين المذكورين ومن خلال القرينة المؤسسة على محضر المعاينة المحتج به من المؤجرة.**

وحيث ترى المحكمة أن الخطأ المذكور يعد من الأخطاء الفادحة المستوجبة للطرد وتدخل في مجال إنطباق الفصل 14-4 من م.ش"[(1)].

ورغم وجاهة هذا الرأي فإنه مع ذلك لم يتضمن بيانا دقيقا للإلتزام الذي أخل به العامل والذي من شأنه أن يثبت الهفوة الفادحة في جانبه فهل تعتبر الهفوة فادحة لإخلال الأجير بالالتزام بالنزاهة في تنفيذ العقد أي عدم مباشرة أي عمل آخر مماثل ومنافس للعمل الذي يمارسه لدى مؤجره أم أنه إخلال بواجب الحرص والعناية في تنفيذ عقد الشغل بإعتبار أن العمل بصفة موازية لعقد الشغل القائم وإن كان للحساب الخاص فإنه يؤثر على قدرات العامل ويؤدي إلى التخفيض من حجم الإنتاج وقيمته؟

ويبدو أنه من الأجدى إعتماد الرأي القائل بعدم جواز ممارسة الأجير لعمل موازن أثناء قيام العلاقة لما في ذلك من تأثير على مردوديته في العمل بإعتبار أن إثارة مسألة الإخلال بواجب النزاهة في تنفيذ عقد الشغل يستوجب توفر عدة شروط[(1)].

وتفقد الهفوة آثارها القانونية وإن كانت فادحة إذا إستمر الأجير في العمل دون أن يثير المؤجر إجراءات التتبع التأديبي أو إذا تصالح مع الأجير وإستمرا على تنفيذ عقد الشغل فقد صرحت محكمة التعقيب أن: "**الهفوة المنسوبة للعامل تعتبر قد وقع تجاوزها إذا تمّ الصلح بين الطرفين تحت إشراف متفقد الشغل ورجوع العامل إلى عمله بعد انتهاء رخصته السنوية**[(2)].

ولئن كان الأصل عند البحث في الصبغة التعسفية لإنهاء العلاقة الشغلية البحث في مدى ثبوت الهفوة الفادحة المنسوبة للأجير فإن عديد الحالات تستوجب **البحث في تصرفات المؤجر** وبالتالي مدى ثبوت الخطأ في جانبه وهو ما يدفع القضاء إلى تقدير الأدلة المعروضة قصد تحديد مدى توفر العناصر المبررة أو بالأحرى الشرعية التي دفعت لإنهاء العلاقة الشغلية والتي تكون بالأساس خارجة عن إرادة المؤجر وغير مسبوقة أو مقرونة بخطإ في جانبه من ذلك مثلا **صورة الإنتزاع من أجل المصلحة العامة** التي سبق أن عرضت على أنظار محكة التعقيب فصرحت: "إذا كان إنهاء العقد بسبب صدور قرار الإنتزاع ولم يكن بعمل المؤجر بحيث أنه صادر عن فعل الأمير وبسبب خارج عن إرادة المؤجر الأمر الذي يجعل التصريح بأن إنهاء العقد هو من قبيل الطرد الصادر عن المؤجر في غير طريقه.

إن الاحتجاج بمقتضيات الفصل 25 من مجلة الشغل في غير طريقه لأن الفصل المذكور يتعرض لإيقاف العمل بعقد الشغل أي قطعه عند صدور قرار إداري أو حكم قضائي بغلق المؤسسة بغية تسليط عقاب على المؤجر أما عقد الشغل في قضية الحال فقد تمّ إيقافه بموجب أمر انتزاع صدر في الرائد الرسمي مما يضفي عليه صبغة القانون **وان الإنتزاع كان لفائدة المصلحة العامة وليس بغية إنزال عقاب إداري**"[(1)].

غير أنه وخلافا لهذا التوجه فقد إعتبرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة أن **الحكم القضائي الصادر بالخروج لإنتهاء المدة لا يعتبر سببا حقيقيا وجديا يبرر إنتهاء علاقات العمل**بإعتبار أن المؤجر كان على علم بتاريخ إنهاء علاقة التسويغ بما ينفي إمكانية إضفاء صبغة الأمر الطارئ أو القوة القاهرة على الحكم القاضي بالخروج من المكرى إذ صرحت أن: "الحكم القاضي بالخروج لإنتهاء

---

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 6865 مؤرخ في 2001/3/2 نشرية محكمة التعقيب لسنة 2001 الجزء الثاني مدني عام ص 303.

(1) حكم استئنافي مدني صادر عن محكمة الاستئناف بقابس تحت عدد 53 مؤرخ في 2007/3/2 غير منشور.

(1) النوري مزيد: "الأمانة في عقود الشغل" ملتقى: "مصلحة المؤسسة والقانون الإجتماعي" الجمعية التونسية لمتعاقدي الشغل جوان 2007.

(2) قرار تعقيبي مدني عدد 46824 مؤرخ في 1997/4/28 غير منشور.

(1) قرار تعقيبي مدني عدد 46971 مؤرخ في 1996/12/12 نشرية محكمة التعقيب لسنة 1996، ج 2، ص 11.

المدة لا يعتبر أمرا غير ممكن إجتنابه وفق ما إستخلصته محكمة الموضوع لأن المؤجر المرتبط مع الغير بعقد كراء معيّن المدة لا يمكنه أن يدعي عدم توقعه إنهاء الكراء وإخراجه من المركللتفصي من إلتزامه بتعويض ما يلحق إجراءه من أضرار نتيجة فقدانهم لمورد رزقهم دون إرتكابهم لأي خطأ"[2].

وتبعا لذلك فإن مراقبة القاضي الشغلي لأسباب الطرد تقتضي البحث في كافة الأفعال المنسوبة للأجير والمؤجر في ذات الوقت فيُعمل سلطته التقديرية للتثبت من مدى توفر السبب الحقيقي والجدي لإنهاء العلاقة الشغلية.

2) المراقبة القضائية لإجراءات الطرد (التأديبي والإقتصادي)

اقتضت الفقرة الثانية من الفصل 23 مكرر من م.ش أنه:" غير أنه في الحالة التي يتبين فيها أن الطرد وقع لوجود سبب حقيقي وجدي ولكن دون احترام الإجراءات القانونية أو التعاقدية فإن مقدار الغرامة يتراوح بين أجر شهر وأجر أربعة أشهر. ويقع تقدير الغرامة حسب طبيعة الإجراءات وتأثيرها على حقوق العامل"، وتبعا لذلك فإن ثبوت الهفوة الفادحة لا يضفي على الطرد الصبغة الشرعية ما لم يحترم المؤجر الإجراءات القانونية والترتيبية والاتفاقية للطرد. وهو ما أكدته محكمة التعقيب إذ صرّحت أن: "قرار الطرد المتّخذ من قبل المؤجر بصفة منفردة ودون عقد مجلس التأديب وعرض الموضوع عليه يعدّ إخلالا بإجراء أساسي ويجعل الطرد تعسّفيّا ولو كان لإرتكاب العامل لهفوة خطيرة[1].

أما بالنسبة إلى ممثلي العملة باللجان الإستشارية للمؤسسة والنواب النقابيين فقد خصهم المشرع بأحكام حمائية خاصة عند مؤاخذتهم تأديبيا إذ أوجب الفصلان 165 و166 من م ش أخذ رأي متفقد الشغل قبل إتخاذ أي قرار تأديبي ضدهم[1] وهو ما يتطلّب من القاضي الشغلي حرصا خاصا لمراقبة مدى إحترام المؤجر لإجراءات الطرد في مثل هذه الصورة.

وقد لقيت اللجان الاستشارية للمؤسسات أهمية خاصة من خلال مصادقة البلاد التونسية على اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 135 المتعلقة بممثلي العملة[1].

وتأكيدا لهذا التوجه الداعم لعمل اللجان الاستشارية للمؤسسات تولى المشرع تنقيح بعض أحكام مجلة الشغل و ذلك بموجب القانون عدد 19 لسنة 2007 المؤرخ في 2 أفريل 2007 الذي تضمن توسيعا لمجال الحماية القانونية لممثلي العملة لتشمل كافة الممثلين بما فيهم النواب النقابيين وتدعيم آليات الحماية وذلك بإلزام المؤجر بعرض مسألة الطرد على المدير العام لتفقد الشغل والمصالحة الذي يصدر في خلال عشرة أيام رأيا ملزما للمؤجر وكذلك بإقرار أولوية بقاء ممثلي العملة بالمؤسسة عند الطرد لأسباب اقتصادية.

غير أن هذه الحماية تحولت بموجب التأويل القضائي لأحكام مجلة الشغل إلى حماية إجرائية أي أنه عند عدم طلب رأي مدير عام تفقد الشغل والمصالحة يكون الطرد تعسفيا لعد احترام الإجراءات

فقد تضمن القرار التعقيبي الصادر عن **الدائرة 18 بمحكمة التعقيب** أنه:" طالما لم تحترم المعقبة إجراءات الفصل 166 من م ش وكذلك الفصل 169 فإن الطرد يكون مخالفا للإجراءات القانونية على معنى الفقرة الثانية من الفصل 23 مكرر من مجلة الشغل"[565].

كما تضمن القرار التعقيبي المدني عدد 47479.2010 المؤرخ في 10-05-2010 (التلبس المشترط في السرقة)

---

[2] **قرار تعقيب مدني صادر عن الدوائر المجتمعة تحت عدد 22486 بتاريخ 15 جانفي2004 ،نشرية قرارات الدوائر المجتمعة لسنة 2004، ص 71.**

[1] **قرار تعقيبي مدني عدد 16686 مؤرخ في 1992/2/3 نشرية محكمة التعقيب لسنة 1992 القسم المدني ص 129.**

[1] **حافظ العموري: "طرد النائب النقابي" ، المجلة التونسية للقانون الاجتماعي السنة 2004 العدد 9 ص 110.**

[1] **القانون عدد 15 لسنة 2007 المؤرخ في 12 مارس 2007.**

[565] - قرار تعقيبي مدني عدد 20654 مؤرخ في 30 مارس 2015 غير منشور

وحيث انه ولئن أجاز الفصل 37 من الاتفاقية المشتركة الإطارية عزل العامل تلقائيا في بعض الصور المحصورة فان عنصر التلبس المشرط في السرقة غير ثابت الأمر الذي يجعل معه عزل المعقب ضده دون عرضه على مجلس التأديب واقعا خلافا للإجراءات .

وتبعا لذلك يكون القاضي مطلبا بالتثبت من إحترام هذه الإجراءات والآجال حماية لمصالح ممثلي العملة بإعتبار أن الطرد دون أخذ رأي المدير العام لتفقدية الشغل أو خلافا لرأيه يعتبر تعسفيا ما لم تثبت لدى القضاء الأسباب الحقيقية والجدية للطرد.

ويمكن الإشارة إلى قرار محكمة الاستئناف بتونس عدد 9981 بتاريخ 30 نوفمبر 2010 طرد لأسباب اقتصادية

فقد ذهبت محكمة الاستئناف إلى كونه ثبت أن المستأنفة لم تتول احترام الإجراءات القانونية رغم وجود السبب الحقيقي بما يخالف أحكام الفصل 21 وما بعده من م ش وتفترض هذه الحالة تطبيق أحكام الفقرة الثانية من الفصل 23 مكرر من م ش وذلك بالنزول بغرامة الطرد التعسفي إلى أجرة أربعة أشهر .

الفقرة الثانية : مراقبة الملاءمة

يتبين من خلال عدد كبير من القرارات التعقيبية والاستئنافية أن القضاء الشغلي انحرف عن رقابة الشرعية ليتولى رقابة الملاءمة من خلال مراقبة تناسب العقوبة مع خطورة الهفوة والبحث في الأجل المعقول

1- مراقبة تناسب العقوبة مع خطورة الهفوة :

لئن استقر القضاء الشغلي على تمتع المحكمةبسلطة تقديرية واسعة في مراقبة أسباب الطرد فإنه مع ذلك لم ينف هذه السلطة بخصوص مراقبة مدى تناسب العقوبة مع خطورة الهفوة وهو ما يستشف من خلال بعض القرارات.

من ذلك القرار التعقيبي الصادر عن الدائرة 18 بمحكمة التعقيب في 13 أفريل 2015 تحت عدد15502 تضمن :" وحيث من هذا المنظور فإن محكمة الحكم المطعون فيه اعتبرت أن عقوبة الطرد النهائي المسلطة على الأجير لا تتناسب مع الخطأ وجسامته وخطورته على المؤجرة ورأت في إطار اجتهادها أن الخطأ المنسوب للمعقب ضده لا يشكل خطأ جسيما يستوجب الطرد ."

وللتذكير فإن الوقائع تتعلق بتعمد أحد العاملين بمراكز النداء التفوه بعبارات غير مهنية نحو حريف وقد اعترف الأجير بذلك .

كما صرحت محكمة التعقيب أن "للمحكمة حق مراجعة قرار التأديب في شأن ثبوت الهفوة وخطورتها والعقاب المقترح. يجب أن تتماشى العقوبة مع خطورة الهفوة وإلاّ أصبح الطرد تعسفيا"[1].

وفي وقائع مغايرة أوضحت محكمة التعقيب أن الهفوة الفادحة المعتمدة في إنهاء العلاقة الشغلية تستوجب توافر درجة من الخطورة وبالتالي فإن مغادرة مركز العمل لفترة محدودة لا يمكن أن ترقى إلى مرتبة الهفوة الفادحة المبرر للطرد: "مغادرة مركز العمل لمدة محدودة من الوقت لا تعتبر هفوة فادحة تخوّل الطرد نهائيا عن العمل ضرورة أنّه كان بالإمكان الإلتجاء لعقوبة أخفّ في سلّم العقوبات"[2].

وتجدر الإشارة إلى أنه ولئن أوكل المشرع إلى القضاء الشغلي مهمة تقدير مدى جسامة الهفوة ومدى تناسب العقوبة مع الهفوة فإن ذلك لا يمكن أن يتم في مخالفة النص وبالتالي فلا يمكن مسايرة ما إنتهى إليه القرار المذكور بخصوص إنتفاء صفة الهفوة الفادحة

---

[1] قرار تعقيبي مدني عدد 30117 مؤرخ في 1993/12/16، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1993، ص 184.

[2] قرار تعقيب مدني عدد 577706 مؤرخ في 1997/1/20، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1997، ج 2، ص 258.

عن تصرف الأجير بإعتبار أن أحكام الفصل 14 رابعا من م.ش كانت واضحة إذ أورد المشرع ترك مركز العمل بصورة ثابتة وغير مبررة ودون ترخيص من المؤجر أو من ينوبه ضمن قائمة الأخطاء الفادحة المبررة للمواخذة التأديبية وإنهاء العلاقة الشغلية.

ويبدو أن فقه القضاء قد إستقر على توسيع صلاحيات القضاء الشغلي بخصوص تقدير مدى ثبوت الهفوة الفادحة وكذلك تقدير مدى تناسب العقوبة التأديبية مع أهمية الهفوة وذلك بإعتماد تأويلا واسع لأحكام الفصل 14 خامسا من م.ش يتجافى ومقصد المشرع من وضع هذا الفصل.

فقد صرّحت محكمة التعقيب بأن: "تقدير مدى تناسب العقوبة التأديبية المسلطة على العامل من الصلاحيات المخولة لقاضي الموضوع ومن مشمولات سلطته في تقدير مدى وجود الصبغة الحقيقية والجدية لأسباب الطرد المخولة له بمقتضى أحكام الفصل 14 خامسا من مجلة الشغل"[1].

وأوضحت محكمة التعقيب بالقرار عدد 33825.2009 بتاريخـــــه :16-03-2009 إن فداحة الخطأ وخطورته يبقى تقديره خاضعا للسلطة المطلقة للقاضي حتى يكون مبررا للطرد حسبما نص عليه الفصل 5.14 م ش وبما ان الطاعنة تنسب للمدعي في **الأصل تهمة الادعاء بالباطل وإثارة البلبلة في صفوف العملة** مما أدى إلى إحالته على مجلس التأديب من أجل ذلك وقررت طرده وهو ما يشكل التقصير المتعمد الذي عرقل سير نشاطها العادي والحق ضررا بمكاسبها حسب الفصل 14 رابعا م ش فإن محكمة القرار المعقب بعد اطلاعها على محضر سماع البينة المتلقاة من طرفها وبعد اطلاعها على قرار مجلس التأديب استنتجت أن الهفوة المنسوبة للمستأنف ضده غير ثابتة بناء على أن اللائحة الممضاة من العملة تعد من قبيل الحجج التي أعدتها الطاعنة لنفسها استنادا على ما لها من سلطة معنوية عليهم للحصول عليها ولأن تلك الأفعال لا ينجم عنها ضررا مباشرا على الشركة ومديرها ولا يمكن بحال من الأحوال أن تبرر طرده بصفة نهائية **بل كان على الطاعنة في أقصى الحالات التدرج في العقوبة** إلى جانب كون شهادة الشهود الواقع سماعها تعد مشكوكا فيها ولم يقنع وجدان المحكمة .

<u>لكن في قرار يتيم تؤكد محكمة التعقيب على سلطة المؤجر في تقدير العقاب دون البحث عن التدرج</u>: إن أحكام الفصل 37 من الاتفاقية المشتركة الإطارية لا تفرض التدرج في العقاب.

وجاء بالقرار التعقيبي المدني عدد 54567 المؤرخ في 10 أكتوبر 1996) أن :الاعتداء بالعنف الخفيف بموطن العمل وأثناء الشغل وبقطع النظر عن الشخص المعتدى عليه يشكل خطأ فادحا على معنى أحكام الفصل 24 من مجلة الشغل والفصل 37 فقرة 9 من الاتفاقية المشتركة الإطارية.

إن أحكام الفصل 37 من الاتفاقية المشتركة الإطارية التي نصت أن المؤجر مخير في **تسليط العقوبة التي يراها مناسبة للخطأ الواقع ارتكابه من الأجير لا تفرض عليه في غياب نص قانوني أو اتفاقي مخالف التدرج في العقوبة** فمتى ثبت وجود الخطأ الفادح أمكنه تسليط عقوبة الطرد دون أن يكون ذلك الطرد تعسفيا.

2) الأجل المعقول لعرض الرجوع إلى العمل

جاء بالقرار التعقيبي المدني عدد 52212 مؤرخ في 20 أفريل 2015 أنه : وحيث ثبت انقضاء أكثر من سنة بين تاريخ ايقاف تنفيذ عقد الشغل وتاريخ عرض الرجوع إلى العمل.

وحيث ولئن لم يحدد المشرع أجلا لتقديم عرض التسوية الصلحية فإنه يتعين أن يكون في تاريخ قريب من تاريخ نشأة النزاع ليكون عرضا جديا منهيا للنزاع ، في غياب أجل قانوني يضبطه القانون فيعتمد الأجل المعقول

---

[1] **قرار تعقيبي مدني عدد 67736 مؤرخ في 1998/10/7، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1998، ج.2، ص 470.**

المبحث الثاني : القاضي الشغلي والإفراط في السلطة الرقابة على الطرد: من قضاء التعويض إلى قضاء الإلغاء

لقد سبقت الإشارة إلى أن التطور الاقتصادي والاجتماعي على الصعيدين الوطني والدولي أدى إلى إشتداد المنافسة وسعي المؤسسة المتزايد إلى الضغط على كلفة الإنتاج سواء من خلال تطوير وسائل العمل أو الحدّ من الأعباء الاجتماعية، فكان قانون الشغل الأداة المثلي لتحقيق التوازن بين الحماية الاجتماعية للعامل ودفع عملية التنمية الاقتصادية وذلك بإحلال قدر من التوازن النسبي والمغيّر بين مصالح العمال ومصلحة المؤسسة المؤجرة من خلال تبني مفهوم "**La flex-sécurité**" الذي يحقق المرونة الضرورية دون الإخلال بمقتضيات الحماية.

وفي هذا الإطار يتنزل تعديل مجلة الشغل خلال سنتي 1994 و1996 والذي شمل عدد كبير من الفصول وخاصة منها المتعلقة بالتعويض عن الطرد. فوضع المشرع عديد الضوابط التي تحدّ من السلطة التقديرية للقاضى عند تحديد مبلغ التعويض المستحق سواء من خلال معايير إحتساب التعويض أو من خلال تحديد سقف التعويض، وهو ما يتجلى من خلال أحكام الفصول 23 مكرر و24 من م.ش كما تولى المشرع في بعض الحالات نفي السلطة الاجتهادية للمحكمة بخصوص تقدير بعض المنح مثل مكافأة نهاية الخدمة ومنحة عدم إحترام إجراءات الإعلام بالطرد التي تم تحديدها بصفة دقيقة وفق معايير حسابية لا دخل للمحكمة في تقديرها(1).

الفقرة الأولى : قضاء التعويض

تجدر الإشارة في هذا الخصوص إلى أن المشرع ميّز بالفصول 14 ثالثا و23 و23 مكرر من مجلة الشغل بين غرامة الطرد التعسفي لإنتفاء السبب الحقيقي والجدي للطرد وغرامة الطرد التعسفي لعدم إحترام إجراءات الطرد رغم ثبوت الهفوة الفادحة في جانب العامل.

فغرامة الطرد التعسفي لانتفاء السبب الحقيقي والجدي للطرد تقدر بمبلغ يتراوح بين أجرة شهر وأجرة شهرين عن كل سنة عمل فعلي بالمؤسسة على أن لا يتجاوز أجر 36 شهرا، ويحكم بها لفائدة العامل الذي أطرد دون أن تثبت الهفوة الفادحة في جانبه أو عند عدم وجود مبرر قانوني للطرد.

أما غرامة الطرد التعسفي لعدم إحترام الإجراءات القانونية أو التعاقدية فتستحق عند ثبوت الهفوة الفادحة في جانب العامل غير أن المؤجر لم يحترم إجراءات الإحالة على مجلس التأديب، وتقدر غرامة الطرد في هذه الحالة على أساس أهمية الإجراء الواقع الإخلال به ومدى تأثيره على حقوق العامل غير أن هذه الغرامة لا يمكن أن تتجاوز في جميع الحالات أجر 4 أشهر(1)، فضلا عن انتفاء الحق في الحصول على مكافأة نهاية الخدمة وهو ما استقر عليه عمل القضاء ويمكن الإكتفاء بالإشارة إلى القرار التعقيبي عدد 6649 الذي تضمن :"حيث تبين أن المعقبة بوصفها مدعى عليها أثبتت عدم لزوم مكافأة نهاية الخدمة بإثبات الهفوة الفادحة المرتكبة من المعقب ضدّها إلا أنها لم تثبت احترامها للمقتضيات القانونية والترتيبية والاتفاقية"(2). وكذلك القرار التعقيبي عدد 64543 الذي تضمن: "أن عدم احترام الإجراءات التعاقدية عند إيقاف العامل بسبب غلطة فادحة يخول لهذا الأخير الحق في المطالبة بغرامة الطرد التعسفي دون منحتي الإعلام بالطرد ومكافأة نهاية الخدمة"(3).

وفي مقابل ذلك فقد أغفل المشرع عند التعرض إلى غرامة القطع التعسفي لعقود الشغل محددة المدة هذا الصنف من التمييز وجعل بالفصل 24 من مجلة الشغل غرامة القطع التعسفي لعقد الشغل محدد المدة تخضع إلى نفس المقاييس

---

(1)يراجع في هذا الخصوص الجدول الملحق بكتاب السيد: عبادة المحجوبي: "التعويضات المالية عن إنهاء العلاقات الشغلية، تونس أفريل 2007 ص 337.

(1)عبادة المحجوبي: التعويضات المالية عن إنهاء العلاقات الشغلية، تونس أفريل 2007، ص 22.

(2)قرار تعقيبي مدني عدد 6649 مؤرخ في 2001/02/23، نشرية محكمة التعقيب لعام 2001 القسم المدني ص210.

(3)قرار تعقيبي مدني عدد 64543 مؤرخ في 1998/04/20، نشرية محكمة التعقيب لعام 1998 القسم المدني ص462.

سواء إرتكب العامل هفوة فادحة أو لم يرتكب هفوة فادحة، وتبعا لذلك فبمجرد إخلال المؤجر بإجراءات الإستدعاء للمثول أمام مجلس التأديب فإنه يكون مطالبا بدفع الأجر عن بقية مدة العقد رغم ثبوت الهفوة الفادحة في جانب الأجير.

وتأسيسا على ذلك يتجه التفكير في ملاءمة الفصل 24 من مجلة الشغل مع أحكام الفصل 23 مكرر من نفس المجلة وإضافة فقرة ثانية تتضمن كيفية تقدير غرامة القطع التعسفي لعقد الشغل المحدد المدة في صورة ثبوت الهفوة الفادحة في جانب الأجير لكن دون إحترام إجراءات الطرد، مع تحديد سقف لهذه الغرامة على غرار ما تم إقراره في إطار الفصل 23 مكرر من م.ش بالنسبة إلى عقود الشغل غير المحددة المدة.

1) عدم ثبوت الهفوة الفادحة الموجبة للطرد

***احتساب غرامة طرد تعسّفي**

قرار تعقيبي مدني عدد 72464 مؤرخ في 31 ماي 1999

إن المشرع وضع القاعدة التي يجب إتباعها لاحتساب غرامة الطرد التي لا يمكن أن تتجاوز شهرين عن كل سنة أقدمية على أن لا يتجاوز أجر ثلاثة أعوام في جميع الحالات.

***تقدير غرامة الطرد**

قرار تعقيبي مدني عدد 13754 مؤرخ في 8 أفريل 2002

طالما تبين من أوراق القضية أن المعقب أدلى بحجة صادرة عن المعقب ضدها في أجره السنوي الذي يتجاوز معدل الأجر الشهري المعتمد من طرف المحكمة لتقدير غرامة الطرد التعسفي فإن الأمر يشكل خرقا لأحكام الفصل 440 وما بعده من م.ا.ع. والفصل 23 مكرر من م.ش. وتعين تبعا لذلك قبول المطعن ونقض الحكم المطعون فيه

2)عدم احترام إجراءات الطرد

***طرد تعسفي لعدم احترام الإجراءات**

قرار تعقيبي مدني عدد 64543 مؤرخ في 20 أفريل 1998

1) عدم احترام الإجراءات التعاقدية عند إيقاف العامل بسبب غلطة فادحة يخوّل لهذا الأخير الحقّ في المطالبة بغرامة الطرد التعسّفي دون منحتي الإعلام بالطرد ومكافأة نهاية الخدمة.

2) تكون قد أساءت تطبيق القانون المحكمة التي قضت لصالح دعوى التعويض عن الطرد التعسّفي بكافة فروعها دون البحث عن وجود الهفوة الفادحة من عدمها باعتبارها تحدّد سقف ونسبة وقيمة الغرامات.

قرار تعقيبي مدني عدد 18983 مؤرخ في 4 أكتوبر 2002

إن المؤجر ولئن كان غير ملزم بإيقاف العامل حال ارتكابه للخطأ الفادح إلا أنه متى قرر إيقاف العامل عن عمله عليه احترام الآجال المنصوص عليها بالفصل 37 من الاتفاقية المشتركة للنزل والسياحة.

قرار تعقيبي مدني عدد2012. 79683 مؤرخ في 16 جانفي 2013

حيث مما لا جدال فيه أن طرد العامل من عمله يعد عقوبة من الدرجة الثانية تستوجب إحالته على مجلس التأديب قبل اتخاذ قرار الطرد إذا توفرت شروط الفصل 157 مكن م ش التي توجب إحداث لجنة استشارية بكل مؤسسة تشغل أكثر من أربعين عاملا قارا وخلو الملف مما يفيد عدم لزوم المعقبة بإحداث اللجنة المذكورة التي تنتصب كمجلس تأديب وعدم

إحالة المعقب ضدها على مجلس التأديب قبل اتخاذ قرار طردها يجعل ما انتهت إليه محكمة القرار المنتقد من كون الطرد في قضية الحال تم دون احترام الإجراءات القانونية معللا تعليلا مستساغا مستمدا مما له أصل ثابت بأوراق الملف دون تحرف لها بعدما تبين لها إقرار ممثل المعقبة الحاضر بجلسة يوم 11 ماي 2009 بعدم إحالة المعقب ضدها على مجلس التأديب بما تعين رد هذا الفرع من المطعن.

ورغم وضوح المعايير المعتمدة في تقدير مبالغ التعويضات فإن الصعوبة أثيرت بالنسبة إلى العناصر التي يمكن أخذها بعين الاعتبار عند التقدير **فهل أن إلتحاق الأجير للعمل لدى الغير بعد حصول الطرد يؤثر على إستحقاق الغرامات** أم يحدّ من مبلغ التعويض ؟

لقد سبق أن عرضت هذه المسألة على أنظار محكمة التعقيب فأوضحت أن: "عمل المعقب ضدّها لدى الغير بعد طردها لا تأثير له على إستحقاق تعويضات الطرد وإنما يؤخذ بعين الإعتبار في تقدير ذلك"(1).

ولئن أمكن مسايرة ما إنتهت إليه محكمة التعقيب في خصوص عدم تأثير العمل الجديد للعامل على تعويضات الطرد المستحقة فإنه لا يمكن التخفيض من مبالغ التعويض لمجرد إلتحاق العامل الذي سبق طرده للعمل لدى مؤجر جديد بإعتبار أن تقدير التعويض يتم وفق معايير موضوعية حسابية في كافة الحالتبإستثناء غرامة الطرد التعسفي التي أجاز فيها المشرع للقضاء سلطة تقديرية محدودة لا يمكنه النزول دون الحدّ الأدنى أو تجاوز الحدّ الأقصى المحدد بالفصل 23 مكرر من م.ش.

الفقرة الثانية : قضاء الإبطال

1) إبطال قرارات مجلس التأديب

تضمن القرار التعقيبي عـ27407.2008ـدد بتاريخ:16-03-2009 أنه : "حيث دفعت المعقبة بمخالفة قواعد الاختصاص الحكمي بدعوى خروج دعوى ابطال قرار مجلس التاديب عن نظر المحاكم العدلية .

وحيث خلافا لما تمسكت به الطاعنة فان الفصل 183 من م ش اسند لدوائر الشغل اختصاصا حكميا عاما في جميع النزاعات الفردية التي يمكن ان تنشا بين الاطراف المتعاقدة عند انجاز عقود الشغل والنزاعات الناشئة بين العملة بمناسبة القيام بالشغل ولم يستثن الا الدعاوى الناتجة عن حوادث الشغل وعن الامراض المهنية او التي تتعلق بانظمة الضمان الاجتماعي .

وحيث انه من جهة اخرى فان تقدير مدى توفر الخطا الفادح يبقى من صميم اختصاص المحكمة وترتيبا على ذلك فان النظر في دعاوى ابطال قرارات مجلس التاديب يدخل في اختصاص محكمة الشغل ولما ابطلت محكمة الاصل قرار الايقاف عن العمل لانعدام الخطا الفادح تكون قد احسنت تطبيق القانون وخاصة الفصول 183 و 216 و 217 من م ش مما يتعين معه رد هذا الفرع من المطعن .

لكن إبطال قرار العزل هل يعني الرجوع إلى العمل

جاء بقرار محكمة الاستئناف بتونس عدد 55355 بتاريخ 4أفريل 2014 أنه :"وحيث دون الخوض في في المؤاخذات والأخطاء التي تنسبها المؤجرة المستأنفة للأجير المستأنف ضده فإنه وبالرجوع إلى أوراق القضية يتبين أنه تم استدعاء الأجير للحضور أمام مجلس التأديب بمقتضى رسالة وبلغته في 5/5/ 2012 وهو اليوم الموافق لانعقاد مجلس التأديب.

وحيث اقتضى الفصل 42 من القانون الأساسي أنه يجب إعلام الأجير المعني بالأمر باجتماع مجلس التأديب في أجل أدناه 15 يوما قبل انعقاده.

---

(1)قرار تعقيبي مدني عدد 1289 مؤرخ في 2 أكتوبر 2006، نشرية محكمة التعقيب لسنة 2006 القسم المدني، ص 389.

وحيث أن عدم احترام الأجل المذكور ترتب عنه حرمان الأجير من الحضور والدفاع عن مصالحه وصدر قرار العزل دون حضوره وأن هذا الإخلال في الإجراءات الأساسية يترتب عنها بطلان قرار العزل مثلما ذهلت محكمة البداية.

وفي مقابل ذلك أكد القضاء المدني قرار محكمة الاستئناف بالمنستير عدد 4245 بتاريخ 8 أكتوبر 2012على أن العلاقات الشغلية لا تجيز التنفيذ على الشخص بإلزامه بالقيام بعمل غصبا عن إرادته وتمنع التنفيذ على شخص المؤجر بإلزامه بالإبقاء على العلاقات الشغلية رغم إرادته

وحيث أن استقرار العمال بالمحل لفرض إرادتهم على المؤجر هي من قبيل الغصب غير الشرعي وتلحق ضررا جسيما بالمؤجرة لرفع يدها عن التصرف في ممتلكاتها والانتفاع بعقاراتها ولا يترتب عن ذلك الحوز أي حماية للعمال كما أنه لا يجسم حماية لشرعية الحقوق المترتبة عن الصد.

2) عدم إمكانية البحث في الهفوة الفادحة عند صدور قرارات تأديبيّة عن الهيئات المهنيّة

تعتبر الهيئة المهنية تجمّع ضروري بموجب القانون يجمع عددا من المهنيين الّذين لهم نفس الاختصاص والتكوين العلمي(1) ويتمتع مجلس الهيئة بسلطة تأديبيّة تجاه كافة المنخرطين تخوّله معاقبة كل من إرتكب خطأ صناعيا أو أخلّ بأخلاقيات ممارسة المهنة(2)، وقد تولت النصوص القانونية الخاصة بمختلف المهن تنظيم تركيبة الهيئة وصلاحياتها وكيفية انعقاد جلساتها وإصدار قراراتها التأديبيّة، وجعلت هذه القرارات قابلة للطعن بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف كما أجازت بعض هذه القوانين إمكانية الطعن بالتعقيب في الأحكام الاستئنافيّة لدى المحكمة الإداريّة وهو ما أقره الفصل 71 من القانون المنظم لمهنة المحاماة.

ويتضح من خلال ما سبق عرضه أن القرارات التأديبيّة الصادرة عن الهيئات المهنيّة تخضع لنظام قانوني خاص من حيث إجراءات الطعن والهيئات القضائيّة المختصة بما يؤكّد عدم اختصاص دائرة الشغل بإعادة النظر في المسائل التأديبيّة الّتي سبق البت فيها من قبل هذه الهيئات المهنيّة، وتبعا لذلك يتعيّن على دائرة الشغل التقيد بمحتوى القرار التأديبي فتنظر في الدعوى على أساس ما تضمنه القرار التأديبي في خصوص ثبوت الهفوة الفادحة من عدمه.

غير أن بعض الدارسين لقانون الشغل رأى خلاف هذا الموقف وأقر اختصاص دائرة الشغل بمراقبة القرارات الصادرة عن مجالس التأديب ولها كامل السلطة في اعتمادها أو عدم اعتمادها بشرط التعليل القانوني الصحيح(1).

ولئن أمكن اعتماد هذا الرأي بخصوص قرارات مجالس التأديب التابعة للمؤسسة المؤجرة باعتبار أن المشرع لم يضع قواعد خاصة تنظم الطعن في هذه القرارات بما يجعلها خاضعة إلى القواعد العامة المنظمة لنزاعات الشغل الفردية وبالتالي اختصاص دائرة الشغل بمراقبة مدى صحة هذه القرارات التأديبيّة، فإن القرارات التأديبيّة الصادرة عن الهيئات المهنيّة تخرج عن أنظار دائرة الشغل بموجب نصوص قانونيّة خاصة وبالتالي ينحصر دور دائرة الشغل في النظر في المنح والمستحقات غير الخالصة أو في تقدير التعويض في صورة وقوع الطرد دون صدور قرار تأديبي يقر بوجود الهفوة الفادحة.

---

(1) محمّد رضا بن حماد " مجالس التأديب للهيئات المهنيّة بتونس " مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة كلية الحقوق بتونس سنة 1974 ص 7.

(2)الفصل 64 من القانون عدد 87 لسنة 1989 المؤرخ في 7 سبتمبر 1989 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة. والفصل 41 من القانون عدد 117 لسنة 1994 المؤرخ في 14 نوفمبر 1994 المتعلق بإعادة تنظيم السوق الماليّة.

(1) النوري مزيد: "القاضي وقانون الشغل"، منشورات رؤوف يعيش 2002، ص 4.

3) **إبطال حكم شغلي**

تضمن الحكم الشعلي *عـ2.2010ـدد بتاريخ :31-01-2011 أنه:" وحيث يستروح من الفصل المذكور انه ينظم حالات تنازع الاختصاص الحكمي السلبي منها والايجابي ويكون التنازع ايجابيا اذا قررت محكمتان من القضاء العدلي اختصاصها والحال ان احداهما غير مختصة فيتم اللجوء الى محكمة التعقيب لتحديد المحكمة المختصة والحكم الواجب التنفيذ والغاء الحكم الصادر عن المحكمة غير المختصة وهذه الحالة تنضوي تحت احكام الفقرة الاولى من الفصل 198 من م مم ت. اما التنازع السلبي فيحصل عندما تقرر محكمتان من القضاء العدلي عدم اختصاصها والحال ان احداهما مختصة فيتم اللجوء ايضا لمحكمة التعقيب لتحديد المحكمة المختصة واحالة القضية للنظر وهي الحالة المنضوية تحت احكام الفقرة الثانية من الفصل السالف الذكر .

وحيث ان مثل هذا التاويل هو الذي يمكن ان يوافق الاحكام المنظمة للنظام القضائي التونسي المتعدد الجهات القضائية (القضاء العدلي –القضاء الاداري) والمتعدد المحاكم (محاكم ناحية – محاكم ابتدائية –محاكم استئناف) وان الضوابط التي وضعها المشرع لتوزيع ولاية القضاء بين الجهات او المحاكم لم تكن دقيقة بصورة يمكن معها القطع من الناحية العملية بان هذه المحكمة هي المختصة دون سواها ويترتب على ذلك تنازع في الاختصاص سواء بين الجهات القضائية او بين المحاكم . فاما بالنسبة للجهات القضائية احدث المشرع مجلس تنازع الاختصاص بموجب القانون عدد 36 المؤرخ في 3 جوان 1996 ويختص في فصل النزاعات المتعلقة بتنازع الاختصاص بين جهة القضاء الاداري وجهة القضاء العدلي ، اما بالنسبة للمحاكم فلقد تضمنت مجلة المرافعات المدنية والتجارية للفصل 198 الذي حدد كيفية حل الاشكال في صورة تنازع في الاختصاص بين المحاكم في المادة المدنية والتجارية وتضمنت مجلة الاجراءات الجزائية الفصل 291 والذي بين كيفية تلافي الاشكال في صورة التنازع في الاختصاص في المادة الجزائية .

وحيث باعمال الاحكام المذكورة يتبين انه صدر في النزاع القائم بين الطرفين حكمين نهائيين وصادرين عن محاكم متعددة ولا يمكن تنفيذهما معا وتعين تحديد الحكم الواجب التنفيذ.

وحيث ولئن اقر المشرع مؤسسة التعديل بين المحاكم الا انه لم يبين الكيفية وتعين تحديدها ويكون القضاء امام عدة خيارات واصحها المتعلق بمؤسسة استنفاذ الولاية والواقع تعريفه بكونه المبدا القانوني القائل ان المحكمة التي فصلت في نزاع معروض عليها انقضت سلطتها وخرج ذلك النزاع عن ولايتها ولا يمكنها الرجوع في الحكم ولو تبين خطاه او تعديله ولو ثبتت عدم صحته وذلك من حين النطق به حتى لا تنظر المسالة الواحدة مرتين وهو نفس الهدف المراد من حجية الامر المقضي .

وحيث في صورة الحال صدر الحكم الابتدائي عدد 29214 بتاريخ 2005/6/27 عن المحكمة الابتدائية ببن عروس وتم الاعلام به ولم يقع استئنافه بماصيره حكما باتا ولا يمكن اعادة التقاضي في النزاع الصادر فيه حكم لاستنفاذ المحاكم ولايتها بشان ذلك النزاع الا ان المحكوم عليها اعادت نشر النزاع امام المحكمة الابتدائية بتونس وقيدت تحت عدد 25718 وصدر فيها حكم بتاريخ 2006/1/28 وتم استئنافه وقضى برفض الاستئناف شكلا في القضية عدد 42862 بتاريخ 2006/10/10.

ومن ثم ان الحكم اللاحق والصادر بعد ان سبق للقضاء قول كلمته في النزاع القائم بين الطرفين يكون باطل بطلانا مطلقا لاستنفاذ المحاكم ولايتها ويكون الحكم الاول هو النافذ والمتعين تنفيذه.

Dans un contexte de mutations profondes favorables à l'évasion sociale notamment par l'ampleur des activités et des relations de travail dans l'informel, l'applicabilité du droit devient limitée et l'effectivité de la norme devient à faible intensité. En effet, des zones de non-droit se sont construites par les activités informelles, la précarité de l'emploi, la mobilité professionnelle, le chômage de longue durée... et renvoie à l'exigence de révision substantielle des normes et des systèmes de contrôle.

Le code du travail souffre d'un mal profond d'effectivité de ses règles dans l'établissement des compromis entre protection des travailleurs et efficacité économique. C'est l'esprit de la contribution de***Hafedh LAAMOURI*** qui a pour l'essentiel porté sur les défaillances des amendements du code du travail de 1994 et 1996 à travers l'exemple de la distinction du CDD et du CDI au niveau des raisons de leur formation et leur extinction.

Le code du travail doit composer avec des intérêts divergents dont il est le siège. ***Kamal HACHOUMY*** nous renvoie à l'exigence de promotion autant que possible du dialogue social et de la négociation collective afin que, les meilleurs compromis puissent être construits autour de normes adaptées à chaque contexte et à chaque niveau de l'activité professionnelle. Ces compromis seront mieux à même de favoriser la protection inclusive du travailleur et d'assurer l'efficacité économique.

Le rôle du juge dans le contexte des changements actuels du droit du travail, c'est de suivre et d'accompagner les mutations du droit du travail. C'est, selon ***Issam LAHMAR***, ce que le juge n'a pas réussi convenablement et qui, par ailleurs et toujours selon I. LAHMAR, fait un usage abusif de la règle de droit en réponse peut être en réponse à l'usage abusif de ses pouvoirs par l'employeur. Dire le droit, c'est sans doute appliquer la règle de droit énoncée par d'autres, notamment les pouvoirs publics ou les partenaires sociaux, mais c'est aussi pour partie produire le droit applicable, en assurer l'unité, la cohérence. Nul ne doute aujourd'hui que la jurisprudence, même dans un pays de droit écrit, est une véritable source de droit.

Dans ce contexte, le rôle du juge judiciaire au regard des changements actuels du droit du travail ne peut se résoudre à simplement suivre les évolutions du droit du travail. Il va nécessairement au-delà. C'est ce qu'***Aicha SAFI*** a essayé de nous démontrer, à travers les exemples de la charge de preuve et de la prescription, par l'examen du rôle régulateur du juge dans une législation qui, selon elle, consacre la précarité.

Fakher BEN SALEM a, quant à lui, montré l'effet du temps sur le code du travail qui devient marqué par une crise de relations complexes avec les autres sources de droit ; une crise qui affecte aussi ses relations avec le salarié et l'entreprise. Il pense que pour sa pérennité, le droit du travail doit garantir les droits fondamentaux et protéger l'intérêt de l'entreprise.

Le devenir du droit du travail est tributaire du regard que l'on pourrait porter sur les attentes du salarié et de l'entreprise. Il est peut être question de rénover et de moderniser le droit existant plutôt que créer de nouveaux droits. Le dialogue social constituerait la meilleure voie qui permettrait à chacune des parties de s'investir, de trouver les fonctionnements les mieux adaptés à leur secteur d'activité en constante évolution tout en optimisant la fonction protectrice du droit du travail. Cela permettrait une bonne adaptation des normes

Quel mode compétitif d'organisation du travail ? Quels rapports sociaux et quel environnement pour le salarié de demain ? Le salarié a particulièrement besoin de statut par la continuité des droits dans la discontinuité de l'activité, il a besoin de sécurité de parcours par des une employabilité durable et droits portables plutôt que d'emploi durable.

La multiplicité des sources du droit du travail est en elle-même un facteur de complexité et d'insécurité juridique. ***Sana SOUISSI*** a essayé d'illustrer la nature de cette relation, d'interaction dans l'autonomie, et de l'apport normatif des sources à travers l'étude de la relation qu'entretient le code du travail avec la convention collective...

Sabrine MANAI, qui par une contribution pertinente croisant les Droits pénal et du travail, nous a renvoyé fondamentalement à la survivance des principes civilistes et pénalistes dans l'esprit du droit du travail et a particulièrement traité de la perturbation que peut provoquer l'interférence du procès pénal et de la procédure civile.

Les concepts clés du code du travail actuel s'altèrent et celui-ci n'est plus à même de faire face à la complexité et la diversité des situations professionnelles. Il en est ainsi notamment du mal que l'on à saisir la mobilité entre statuts ou à qualifier juridiquement certaines activités à mi-chemin entre le travail dépendant ou subordonné et le travail, ou encore de la difficulté d'identification de l'employeur dans des entreprises qui se restructurent ou qui changent de main.

La contribution de ***Hazar DAMMAK*** a mis en lumière les lacunes du régime juridique du licenciement pour cause économique et la difficulté d'établir des équilibres entre protection de l'entreprise et protection du salarié.

Pour sa part***, Nessrine BELLALI*** a mis en lumière la souplesse qui marque les causes particulières à la fin du contrat à durée déterminée et la rigueur qui, par contre, marque le contrat à durée indéterminée.

Farida LIOUMOURI a essayé de mettre en exergue les zones d'ombre marquant certaines règles du droit marocain du licenciement au travers des difficultés d'établissement des frontières entre liberté du salarié de départ de l'entreprise et les prérogatives de l'employeur. L'absence de conditions et caractéristiques qui peuvent aider à définition du concept nouveau de "départ volontaire" du salarié dans le code du travail marocain a fait que l'employeur en use pour justifier le licenciement.

La protection de l'intégrité physique du travailleur est, disons, inscrite dans le code du travail et fait partie des fondements de notre système juridique. le besoin est d'aller vers une protection plus vaste. Il est important dans ce cadre de souligner l'évolution notable qui suit les mutations des formes et des modalités de travail : l'économie de services qui se développe dans le pays présente d'autres dangers pour la santé mentale et psychologique des travailleurs. Cette évolution implique que d'une préservation de la santé physique, quasiment technique de la personne du travail, il faudrait maintenant englober une protection de la santé psychologique et mentale. La personne au travail devrait alors être envisagée par les normes juridiques comme un ensemble indissociable formé par le corps et l'esprit. ***Abid ZINET*** a essayé d'interroger l'effectivité de la norme pénale et sa pertinence dans la perspective de protection de la dignité du salarié. Une autre interrogation pourrait s'imposer :le code du travail ne devrait-il pas se mettre au-delà d'une protection du simple salarié pour protéger la personne au travail en corps et esprit.

Amna KHIDHR nous a présenté le droit de grève et a interrogé son effectivité dans la protection des salariés et les menaces qui entravent ce droit fondamental.

L'intégration de la protection des droits fondamentaux et des libertés individuelles et collectives des travailleurs sur le lieu de travail et dans le cadre de la relation de travail est désormais inévitable. Elle participerait à la construction du travail décent. Elle permet notamment d'envisager le travailleur comme une personne inaliénable.

La question de l'effectivité de la sanction ne peut être appréciée sans étude des défis du système d'inspection du travail. ***Imen SAYARI*** a démontré que les limites des interventions de l'inspecteur du travail sont pour l'essentiel posées par la modestie des prérogatives qui lui sont reconnues et la multiplicité des attributions qui lui sont confiées.

articulés qu'un véritable instrument de codification. le caractère inharmonieux s'accentue à cause de l'absence d'un chapitre fixant les principes essentiels indispensables pour ordonner l'ensemble des règles régissant les rapports de travail et assurant leur cohérence.

Le code du travail est aussi inadapté à l'évolution des rapports de travail et aux exigences de la transition vers la démocratie. Cette inadaptation se manifeste d'abord à travers le manque de synergie entre le droit du travail et le droit de l'emploi. Le code de 1996 semble ignorer totalement le droit de l'emploi. L'inadaptation se manifeste ensuite à travers les insuffisances du code au niveau du système des relations professionnelles dont notamment l'absence d'un véritable droit de la négociation collective, l'absence de critères de représentativité syndicale et l'absence d'encadrement du droit syndical dans l'entreprise.

Les controverses contemporaines portent moins sur le Code comme contenant que comme contenu.

Les codes et les formalisations facilitent, au moins partiellement, la connaissance méthodique des systèmes juridiques. ***Antoine LYON CAEN*** a mis en exergue les précautions à prendre pour apprécier l'importance, et peut être même la gravité des controverses autour de la révision ou de la refondation du code français du travail. Il a notamment proposé la réflexion autour de la concurrence, et de la concurrence sociale, la nécessaire protection des destinataires du code (notamment le salarié et le petit entrepreneur) et fondamentalement a proposé la réflexion, en vogue dans certains pays du fait de l'assujettissement du droit du travail aux politiques de l'emploi, sur le droit du marché du travail et la reconfiguration du code qui serait tournée vers la simplification pour contenir des valeurs, des principes et des règles plus intelligibles. C'est également la leçon à tirer de l'approche comparative adoptée par ***Isabelle DAUGAREILH*** qui a notamment soutenu, par une analyse critique de ses fonctions, ses limites et défis, que la codification et la formalisation constitueraient des voies d'accès à l'esprit des systèmes juridiques et à la connaissance de principes, des caractères et de l'ordonnancement des sources de droit. La démarche du Professeur permet également d'envisager et d'appréhender la codification sous l'angle de la conception et du rôle de la loi du travail dans un contexte donné de mondialisation de l'économie et de pluralisme juridique.

Par un regard sur l'histoire de la codification en France, ***Sébastien*** **TOURNAUX** a tenté d'apporter une analyse notamment les forces et faiblesses des différentes expériences et de mettre l'évolution mouvementée de la codification en perspective des changements économiques, sociologiques. Il a, en outre, essayé d'interroger les spécificités du droit du travail qui pourraient éventuellement expliquer la récurrence du travail de codification.

Les propos de Hatem ***OUERTATANI ont*** pour leur part mis en exergue les limites des amendements apportés, au gré des circonstances, au code du travail et suggère une recodification qui pourrait s'inscrire dans la reconstruction en cours de l'Etat de Droit. Le code devrait répondre en tout cas aux exigences nouvelles du droit travail étroitement tributaire de l'activité économique et de l'évolution générale de la société.

Les mutations économiques et sociétales ont marqué le droit du travail par :

- la multiplicité de ses sources et la difficulté de l'articulation des sources étatiques classiques, les normes internationales, les conventions et accords collectifs de travail, le règlement intérieur de l'entreprise ou des engagements unilatéraux de l'employeur.

- l'altération de certaines de ses notions-clés comme celle de subordination juridique et de certaines de ses institutions notamment de représentation du personnel

- l'avènement des droits et libertés fondamentaux attachés à la personne du salarié grâce notamment à leur consécration par la constitution de 2014.

Rapport final du colloque international "cinquantenaire du Code du travail" des 27 et 28 avril 2016

Pr. Abdessatar MOUELHI

Directeur de l'I.N.T.E.S. - Université de Carthage

Pendant ces deux jours de colloque, le "procès" du Code du travail a été fait. La richesse des conférences et débats attestent que ce code est une œuvre importante. Des leçons pertinentes peuvent en être tirées et peuvent éclairer les acteurs concernés qui, le cas échéant, pourraient penser à une recodification de la législation du travail.

La codification de la législation du travail par la loi n°66-27 du 30 avril 1966est témoin d'une vieille tradition de codification dans notre pays. Elle avait pour but majeur et simple d'effectuer une mise en ordre des règles de droit pour les rendre accessibles dans un ensemble cohérent qui atteste de la sécurité dont les destinataires ont besoin mais aussi et surtout qui atteste de l'État de droit qui se formalisait dès les premières années de l'indépendance du pays.

Notre code du travail est originellement, et toujours, d'une nature profondément collective. Les conférenciers nous ont justement rappelé que le droit du travail comme le code du travail est une œuvre collective et il est vrai qu' « aucun segment du droit n'échappe au jeu croisé des influences »[478]. Le code du travail s'est bâti sur un héritage juridique colonial qui a jeté les premiers jalons d'un droit du travail moderne, mais fondamentalement les premières lois sociales de manière générale étaient, dès l'époque du protectorat, porteuses de valeurs collectives. Elles étaient une composante d'un projet sociétal voire d'un projet nationaliste qui a fortement impliqué les syndicalistes et les hommes politiques.

Le code a été amendé successivement par la loi n° 94-29 du 21 février 1994 et la loi n°96-62 du 15 juillet 1996. Ces amendements étaient, pour l'essentiel, le produit d'une concertation avec les partenaires sociaux et dénotent l'importance d'une nouvelle dynamique du droit du travail marquée par cette « dialectique entre autonomie normative des partenaires sociaux et intervention étatique ».

Le constat communément partagé c'est que le code du travail tunisien, comparé à certains codes étrangers, ne peut pas se plaindre d'une inflation législative mais se trouve dans le besoin d'une transformation qualitative du contenu de la norme pour se mettre en conformité avec la nouvelle constitution du pays et épouser les mutations profondes de son contexte qui devient de plus en plus indéchiffrable. Le texte existe et il donc plus facile alors, et dans le cadre d'un consensus social global, d'entreprendre des modifications qui auront dès lors une cohérence juridique et technique.

Ces deux jours de colloque ont permis de comprendre que la pratique de la codification dans les pays a revêtu des visages différents pour tenir compte des contextes et des réalités attachées à chacune des cultures.

Nouri MZID relève dans son rapport introductif qu'une analyse critique du code du travail permet de constater qu'il est devenu un code archaïque et inadapté.

Il est archaïque dans la mesure où il marqué par son caractère inharmonieux et lacunaire. Ainsi on peut constater que ce code se présente beaucoup plus comme une compilation de textes mal

[478]Bernard Teyssié Droit public et droit social : variations autour d'un thème, in Droit social n°3, mars 1991.

dans un établissement sur trois où il y a des délégués syndicaux, les négociations alors qu'elles sont obligatoires n'ont pas lieu. Trois raisons sont données : l'application d'un accord de branche, une décision de la direction ou l'absence de demande des salariés. Enfin quand il y a des négociations, elles aboutissent à un accord une fois sur trois. Au total, seulement 10% des entreprises qui pourraient le faire signent un accord. On négocie donc très peu dans les entreprises françaises. Néanmoins tous accords confondus (de branche et interprofessionnel) étendus et élargis, le taux de couverture conventionnelle est parmi le plus élevé – 95% des salariés) alors que le taux de syndicalisation est parmi les plus faibles -8% de salariés[474]-. Au terme d'un sondage réalisé par Thomas Breda[475], 1/3 des salariés indiquent la peur des représailles comme raison de la faible syndicalisation en France. On ajoutera aussi que le syndicalisme français n'est pas un syndicalisme de services et que la négociation collective ne réserve en France aucun avantage aux syndiqués. 40% des délégués syndicaux estiment que leur mandat a été un frein à leur carrière. L'étude de leur salaire révèle qu'à diplôme, ancienneté et âge égaux ils sont payés en moyenne 10% de moins que les collègues non syndiqués. L'étude a aussi montré des différences entre syndiqués. Ainsi ceux qui ne négocient pas ne subissent aucune pénalité salariale, voire sont parfois mieux payés que les non syndiqués. A l'inverse, les délégués des syndicats qui négocient sans parvenir à un accord subissent de très lourdes pénalités salariales. « On comprend mieux pourquoi 1/3 des délégués syndicaux rechignent à négocier ». On est donc en face d'un problème massif de discrimination en raison de l'engagement syndical. Il serait donc vain de vouloir étendre la négociation collective si en préalable on ne résout pas ce problème de discrimination qui vient impacter l'effectivité du système mais dont qui n'est pas mis en avant.

Le législateur de 2015 a imaginé valoriser le parcours professionnel des représentants du personnel et des titulaires de mandat syndical, ce qui devrait encourager les travailleurs à embrasser ces fonctions. En faire un métier ? Pourquoi pas ? Cela permettrait de remédier à ces constats de discrimination ci-dessus évoqués[476]. Cela favoriserait aussi une représentation plus équilibrée entre les hommes et les femmes.

Il ne serait pas possible de clore cette contribution sans se demander : « Dialoguer plus, mais sur quoi ? [477]» tant il est vrai que ce dialogue touche pratiquement à tous les aspects de la relation de travail et qu'il est désormais très largement institutionnalisé, voire dirigé. En toute hypothèse, le dialogue social par le contexte dans lequel il s'inscrit peut être un exercice éprouvant pour les représentants du personnel quand il s'agit d'emploi ; il peut aussi s'avérer un exercice d'expertise quand il porte sur des questions comme la santé et la sécurité au travail. Dans les deux cas, ce sont des fonctions exigeantes et risquées pour ceux qui décident de les investir. C'est pourquoi,le législateur devrait peut-être davantage se préoccuper du sort professionnel réservé dans l'entreprise à ces acteurs sans quoi les projets de modernisation et de généralisation du dialogue social pourraient tout simplement s'essouffler par manque d'émules et donc de combattants.

[474] Th. Breda, *Les représentants du personnel*, éd. Presses de sciences po, Paris, 2016, sp.p.9.
[475] Ibid.
[476] Le dernier rapport du Défenseur des Droits de 2015 établit que 5,6% des réclamations en matière de discriminations dans l'emploi (privé et public) sont des discriminations en raison d'activités syndicales, ce qui place ce motif en 5ème position après les motifs de l'origine (1), du handicap (2), de l'état de santé (3) et de l'âge (4).
[477] E. Béthoux, et alli, « Dialoguer plus, mais sur quoi ? Les régulations d'entreprise en matière d'emploi, de formation et de conditions de travail en temps de crise », *La Revue de l'Ires,* n°84, 2015/1, p.91.

critères habituels du respect des valeurs républicaines[468], de l'indépendance[469], de la transparence financière[470], de l'ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation, de l'audience établie à partir des résultats aux élections professionnelles, de l'influence caractérisée par l'activité et l'expérience, des effectifs d'adhérents et les cotisations. Certains auteurs estiment que les conditions d'indépendance, de respect des valeurs républicaines et de la transparence financière ne sont pas à proprement parler des éléments de représentativité mais plutôt des qualités nécessaires de l'organisation syndicale et auraient donc dû être distingués des autres critères[471]. C'est sur le critère de l'audience que la loi de 2008 a le plus innové puisqu'il est désormais fondé sur les élections professionnelles. Pour être représentative dans une entreprise, une organisation syndicale doit totaliser 10% des voix aux élections professionnelles. Pour être représentatif au niveau de la branche ou de l'interprofessionnel, le seuil a été abaissé à 8%. La représentativité est mesurée sur un cycle de quatre ans. S'agissant de la validité des accords, la loi de 2008 sans aller jusqu'à poser la règle de l'accord majoritaire dispose qu'un accord est valable s'il est signé par des syndicats qui ont obtenu 30% des voix sans faire l'objet d'une opposition des syndicats qui ont eu plus de 50%. Ceci n'exclut pas des dérogations législatives.

La loi de 2008 exige également que les critères énumérés soient cumulativement réunis. Cependant il ressort d'un arrêt du 29 février 2012 de la Cour de cassation que les critères de respect des valeurs républicaines, de l'indépendance et de la transparence financière doivent être appréciés de manière autonome tandis que les autres critères doivent faire l'objet d'une appréciation globale, ce qui signifie pour ces derniers que s'ils doivent être tous constatés, ils peuvent se compenser (ou se renforcer plus précisément) l'un l'autre[472].

Selon une règle dégagée par la jurisprudence antérieure à la loi de 2008, un syndicat ne jouit pas d'une représentativité générale. Ainsi pour la conclusion d'accord d'entreprise, de branche ou interprofessionnel national, la représentativité s'appréciera respectivement à chacun de ces niveaux. Du côté patronal, le critère de représentativité retenu est celui du nombre d'entreprises adhérentes. La représentativité au niveau de la branche est acquise si 8% au moins des entreprises adhérentes adhèrent à l'ensemble des organisations de la branche ou de l'interprofessionnel (règle applicable à partir du 1er janvier 2017)[473].

On dispose des résultats du 1er cycle de 2008 à 2012 : ni l'UNSA, ni Solidaires n'ont passé le seuil des 8% pour la branche. Restent donc en course les 5 grandes confédérations : CFDT, CGC, CFTC, CGT, FO. Le prochain cycle portera sur la période de 2013à 2017. Il en sera de même pour les organisations patronales.

2. La discrimination, face cachée de la représentation et de l'action syndicale

Un auteur, Thomas Breda, a démontré que le problème n'est pas celui du périmètre du champ de la négociation collective mais celui de son organisation. Ainsi deux tiers des établissements n'ont pas de délégués syndicaux ; c'est la règle dans les établissements de 10 à 20 salariés et c'est la majorité des établissements de 50 à 100 salariés. L'auteur constate ensuite que

---

[468] Critère qui remplace celui devenu désuet de l'attitude patriotique conformément à la proposition de la position commune du 9 avril 2008 qui définit le respect des valeurs républicaines par « le respect de la liberté d'opinion, politique, philosophique ou religieuse ainsi que le refus de toute discrimination, de tout intégrisme et de toute intolérance », art.1-6 de l Position commune.

[469] L'indépendance n'est nulle part définie. Elle s'entend vis-à-vis de l'employeur, de l'attitude à l'égard des autres syndicats, et vis-à-vis de la défense des intérêts des salariés et des moyens utilisés à cet effet.

[470] C'est un critère lié à celui de l'indépendance.

[471] M.L.Morin, « La loi n°2008-789 du 20 août 2008 : premières décisions de la Cour de cassation sur le droit syndical », *Droit social*, 2009, p.950.

[472] Soc. 29 février 2012, *JCP S*, 2012, 1168, note B.Gauriau.

[473] B. Gauriau, « Stratégie et dialogue social adapté – A propos des articles 19,21 et 23 de la loi du 17 août 2015 », *JCP, Social*, n°41, 2015, 1354.

tous les pays –et pas seulement en France- sont affaiblies et n'ont pratiquement plus aucune capacité de résistance ou de pression ! « Le législateur de 2008 a eu beau renforcer les exigences d'authenticité de la représentation syndicale, le rapport de force inhérent à toute négociation est forcément déséquilibré quand sur fond de chômage massif, 95% des salariés du secteur privé ne sont pas syndiqués[466] ». Il n'est d'ailleurs plus complètement nécessaire d'avoir des organisations syndicales pour négocier dans l'entreprise puisque dans les entreprises de moins de 200 salariés dépourvus de délégués syndicaux, des représentants élus du personnel peuvent négocier et conclure des accords collectifs d'entreprise et dans toute entreprise dépourvue de tout représentant élu ou syndical, un ou plusieurs salariés mandatés par une organisation syndicale extérieure peut négocier et conclure des accords collectifs de travail dérogatoires.

La négociation collective décentralisée et ouverte à des signataires parfois autres que les organisations syndicales a été massivement utilisée pour introduire cette flexibilité interne. Cela pose de nombreux problèmes dont celui de la transformation de la fonction historique de la négociation collective qui, en principe, relevait de l'autonomie collective dans une perspective de protection de la partie faible au contrat de travail afin de rétablir ou de compenser l'inégalité des parties au contrat et dans une perspective d'amélioration des contenus normatifs de la loi. Elle venait donc en soutien au contrat de travail. Désormais, les accords de flexisécurité viennent en soutien des pouvoirs de direction et d'organisation de l'employeur. Ces accords créent des modifications substantielles du contrat de travail puisqu'ils portent sur des éléments du socle contractuel, la durée du travail, la fonction, le salaire. Ils viennent porter atteinte à la capacité –du moins formelle- de résistance que le salarié trouvait dans le contrat de travail face au pouvoir de décision de l'employeur. Il va sans dire que dans ce contexte, la légitimité et la représentativité des acteurs en charge de la négociation collective deviennent des conditions à prendre au sérieux.

B. La légitimité des acteurs de la négociation collective dans un système institutionnalisé de dialogue social

Jusqu'à la loi du 20 août 2008, la représentativité était la seule condition posée par le législateur pour accorder aux syndicats la capacité juridique de négocier et de conclure des accords collectifs de travail. La légitimité est désormais entrée en scène. L'ancien système était construit sur le caractère irréfragable de représentativité accordé aux cinq confédérations syndicales (CGT, CFDT, FO, CGC, CFTC) par le décret de 1963 et dont jouissaient par ricochet d'une présomption de représentativité tous les syndicats adhérents à l'une de ces confédérations. Depuis la réforme de 2008, à la représentativité présumée se substitue la représentativité prouvée (1). Mais pour négocier un accord collectif de travail, il faut des délégués syndicaux ou des représentants du personnel en face d'un employeur ou d'un groupement d'employeurs. Or comment s'assurer de leur existence et de leur état de marche quand par ailleurs stigmatisation, isolement, voire discrimination sont là pour dissuader les engagements de ce type (2).

1. Les nouvelles conditions de la représentativité des organisations professionnelles[467]

Là où les règles de la représentativité syndicale étaient administratives et descendantes car l'essentiel venait du Ministère du travail ont été substituées des règles démocratiques et ascendantes procédant des élections professionnelles dans les entreprises pour être reporté aux niveaux des branches et de l'interprofessionnel. La nouvelle législation a repris en les modifiant les

[466] M. Poirier, ibid, sp.p.251.

[467] Voir J.D. Combrexelle, « De la négociation collective aux réformes des représentativités syndicale et patronale », *JCP, ed. Générale*, n°8, D. 235, 2015. B. Gauriou, « Les transformations du droit syndical », *JCP, Social*, n°26, 2015, 1239.

côté des travailleurs et sur la sécurité de l'emploi du côté des employeurs. Ces accords d'entreprises dérogatoires ont pu être négociés et conclus entre employeur et comités d'entreprise grâce aux clauses dites d'ouverture pouvant figurer dans les accords collectifs[460] de branche qui autorisent à déroger à des normes conventionnelles supérieures. 70% des industries affectées par la crise ont conclu de tels accords[461].

En Espagne, en l'absence d'articulation des niveaux de négociation collective, les conventions de niveau inférieur n'étaient pas tenues de respecter le contenu des accords nationaux de branche et en cas de conflit nés du concours entre conventions collectives de champ d'application différent, priorité était accordée à la convention déjà en vigueur. Le décret-loi du 10 février 2012 a renforcé les pouvoirs de la négociation collective d'entreprise en donnant priorité absolue aux accords d'entreprise sur ceux de la branche en matière de salaire, de travail posté, etc. « Ainsi sur les principaux aspects qui conditionnent l'organisation et le coût du travail dans l'entreprise, c'est l'accord d'entreprise qui commande[462] ». Le législateur espagnol a en outre institué des clauses dites de « décrochage » qui consistent en la possibilité d'inapplication temporaire des conventions collectives de secteur pour les entreprises qui accusent des difficultés économiques durant deux trimestres continus. La suspension peut porter sur les dispositions relatives au temps de travail, aux horaires, au système de rémunération, au salaire, à l'organisation du travail, aux fonctions ou à la protection sociale complémentaire. La suspension est conditionnée à un accord avec les représentants du personnel après une procédure de consultation. A défaut d'accord, l'une ou l'autre partie peut en appeler à la commission paritaire pour qu'elle se prononce dans un délai de 7 jours sur les points de divergence. A défaut d'accord au niveau de la commission paritaire, il est alors possible de recourir aux procédures de médiation et d'arbitrage[463]. On dénombrait, fin 2012, 400 accords de décrochage salariaux[464]. La loi de 2012 a enfin réduit la période d'ultra-activité (période de maintien des avantages conventionnels au-delà de l'arrivée du terme de l'application du texte conventionnel) des accords collectifs de travail à 2ans.

En France depuis les lois Auroux de 1982, l'ordre public social est grignoté et remis en cause par des lois qui reconnaissent à l'autonomie collective la faculté de décider de réduire les droits des salariés consacrés par la loi ou les niveaux supérieurs du droit conventionnel. Les accords dérogatoires d'entreprise voient leur champ s'étendre entraînant corrélativement une limitation de la portée des normes légales instaurant les minima. La négociation collective –décentralisée est très clairement instrumentalisée pour faire porter aux syndicats une part de la responsabilité des décisions des employeurs d'abaissement des conditions de travail au nom du maintien de l'emploi[465]. La négociation collective a été placée au service du pouvoir de direction alors que les organisations syndicales dans

[460]M. Maul-Sartori, U. Mückenberger, K. Nebe, « Une protection segmentée : le droit social allemand face à la crise financière », op.cit, sp.p.65.

[461]Ibid, sp.p.65. Les auteurs signalent également la progression de nouveaux syndicats en dehors de la DGB, plutôt professionnels, qui peuvent avoir la capacité de conclure des accords collectifs de travail pouvant s'appliquer dans des entreprises introduisant un élément très nouveau dans le contexte allemand, à savoir la possibilité d'avoir plusieurs accords collectifs de travail applicables dans une même entreprise, la jurisprudence ayant admis l'abandon du principe dit d'unité conventionnelle. L'introduction de ce pluralisme conventionnel au niveau de l'entreprise associée à la possibilité de clauses dites de « différenciation syndicale » créent un risque de division entre travailleurs d'une même unité de travail et donc d'affaiblissement de la capacité de mobilisation et de résistance de la DGB. Ibid., sp.p.141. Le législateur allemand a prévu de légiférer sur le principe de l'unicité conventionnelle dans l'établissement. Voir P. Rémy, « Organiser le futur de l'Allemagne – Quelques points emblématiques du programme du gouvernement de 'grande coalition ', en droit du travail », op.cit., sp.p.289.

[462]E.M.Puebla, « La réforme 2012 du marché du travail en Espagne : la flexibilité jusqu'au bout », *Revue de droit du travail*, 2012, p.447.

[463] Pour une analyse de ce système voir E.M. Puebla, ibid.

[464] Chiffre à partir d'une étude citée in C. Vincent, « Entre conflits et négociations : les syndicats espagnols face à la défense de l'emploi », *Chronique internationale de l'Ires,* 2013, p.30.

[465] Dans le même sens, M. Poirier, « Négociation collective : arrêter le massacre » IIème partie : La négociation collective vecteur d'altérations en droit du travail », *Droit ouvrier*, 2013, p.250.

2. L'émancipation de la négociation collective d'entreprise de la hiérarchie des sources du droit

En Grèce, la loi de 2011 a modifié la hiérarchie des conventions collectives en imposant la priorité aux accords d'entreprise et a abrogé le principe de faveur. Une étude menée en 2012 montre que 67% des accords d'entreprise ont imposé des baisses drastiques de salaire, spécialement ces accords conclus par « des unions de personnes » qui ne sont pas constituées sous forme de syndicat[456].

En Italie, la faculté de déroger *in peius* par un accord d'entreprise a été formalisée par l'accord national interprofessionnel du 22 juin 2009 non signé par la CGIL. Mais dans un accord du 28 juin 2011 signé par les trois grandes centrales, a été reconnue la centralité de l'accord de branche tout en concédant la faculté d'introduire des clauses dites de sortie qui autorisent les accords d'entreprise à déroger dans un sens défavorable aux travailleurs aux dispositions conventionnelles de branche. Le législateur Italien en 2011 par une disposition dite de « soutien à la négociation collective de proximité » a bouleversé le paysage du droit du travail en Italie[457]. En effet, la négociation collective d'entreprise ou territoriale peut conduire à conclure des accords pouvant déroger sur tout sujet aux accords de branche ainsi qu'à la loi. Cette faculté conduit « à un véritable éclatement du droit du travail sachant que chaque entreprise peut maintenant écrire son propre droit du travail[458] ». Même si l'autonomie syndicale italienne a permis de dégager une entente des trois confédérations pour ne pas appliquer cette nouvelle règle mais pour que ce soit la négociation collective de niveau supérieur qui autorise et encadre la négociation collective dérogatoire d'entreprise, la réforme de 2011 introduit une faille dans le système contractuel italien peu propice à la défense des intérêts des travailleurs.

En revanche dans des pays comme la France ou l'Allemagne dont la négociation collective de branche ou de secteur était un niveau intermédiaire de protection, il a fallu « forcer » la décentralisation soit par effet de la loi –s'appuyant sur un accord interprofessionnel, soit par effet des accords de branche eux-mêmes comme en Allemagne.

Ainsi en Allemagne, le droit conventionnel historiquement structuré autour de la négociation de branche a connu avec la crise de 2008 une intensification de la tendance à la décentralisation de la négociation collective au niveau de l'établissement. Il faut rappeler qu'à ce niveau les accords sont conclus entre l'employeur et le comité d'établissement et non avec le syndicat –non présent institutionnellement dans l'entreprise-. Les salaires minima et la durée du travail sont le plus souvent déterminés par des conventions collectives de branche au niveau fédéral ou régional. Selon la loi sur la constitution de l'établissement, la convention collective conclue par des syndicats (donc au niveau de la branche) bénéficie d'une priorité y compris sur les questions sur lesquelles le comité d'établissement détient des droits de codétermination. « La loi dispose que sur les salaires et les autres conditions de travail comme la durée du travail, il suffit que la question soit règlementée par la convention collective syndicale pour que soit exclue toute convention d'établissement avec le conseil d'entreprise[459] ». Cependant, la loi prévoit la faculté pour les conventions collectives de branche de prévoir des « clauses d'ouverture » permettant à l'employeur et au conseil d'établissement d'intervenir sur ces questions. Ce sont donc les syndicats qui ont « pris la main » sur cette faculté et ont conduit et donc contrôlé si ce n'est en opportunité du moins en légalité le mouvement de décentralisation de la négociation collective vers l'établissement. De nombreux accords collectifs de travail d'entreprise ont eu pour but la sauvegarde de l'emploi grâce à des concessions sur le temps de travail et les salaires du

[456] C. Papadimitrou, Grèce, Actualités juridiques internationales, *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 2013-1, p.116.
[457] G. Loy, « La réforme italienne : entre le malentendu de la flexicurité et la tentation du contrat unique », *Revue de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*, 2012, p.38
[458] F. Martellloni, « Brève histoire italienne d'un droit du travail 'en mode mineur' », *Revue de droit du travail*, 2013, p.288, sp.p.292.
[459] P. Rémy, « Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un 'modèle pour le droit français ? », op.cit. ,sp.p.134.

de flexibilité interne mais sans intervention législative ; cela s'est fait « naturellement » par la négociation collective.

En France, c'est avec un léger décalage dans le temps que l'Accord cadre national interprofessionnel du 11 janvier 2013[450] repris dans la loi du 14 juin 2013 à l'origine de nombreuses et vives réactions de la doctrine travailliste a répondu aux effets de la crise de 2008. La réponse des partenaires sociaux et du législateur s'inscrit dans une logique quelque peu différente de la flexisécurité suédoise ou allemande et se traduit par le recours à une terminologie franco-française de sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels[451]. En bref, on tente d'articuler positivement contraintes de l'entreprise et perspectives professionnelles individuelles, ou en d'autres termes on vise à concilier le temps court de l'entreprise et le temps long de la vie professionnelle du travailleur. C'est la raison pour laquelle la réforme française du marché du travail introduit en contrepartie des nombreuses mesures de flexibilisation interne des droits renforcés et/ou nouveaux en matière de formation professionnelle[452]. A cet effet, ont été introduits deux types de mobilité, l'une individuelle dite sécurisée[453] et l'autre conventionnelle à caractère géographique et fonctionnelle alors que l'entreprise ne connaît aucune difficulté. Cette mobilité prend appui sur des accords collectifs de travail de mobilité qui élargissent les capacités de l'employeur de modifier les conditions d'exécution du contrat et qui diminuent corrélativement le risque de résistance du salarié qui refuse de se soumettre à la modification ou qui engage une action judiciaire contre la décision de modification[454].

Par ailleurs comme en Allemagne, le législateur français a introduit la faculté de recourir à des accords de maintien de l'emploi dans lesquels durant une période maximale de 2 ans, les salariés voient modifier leur durée du travail qui est augmentée ou réduite et dont la rémunération est, selon le cas, maintenue ou réduite en contrepartie du maintien de leur emploi durant la période. Ces accords majoritaires dérogatoires ne peuvent être adoptés qu'en cas de graves difficultés de l'entreprise et, en principe, non pour gagner en compétitivité[455].

---

[450] ANI du 11 janvier 2013. Pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés. Loi du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi. A l'origine d'une abondante littérature, Voir notamment

[451] F. Guiomard, « La sécurisation des parcours professionnels. Naissance d'une notion », *Revue de droit du travail*, 2013, p.616. L'auteur met en évidence comme source de cette terminologie, les travaux menés par Alain Supiot dans son rapport au-delà de l'emploi, Rapport pour la Commission européenne, Flammarion, 1999. L'expression a fait par la suite florès chez les économistes puis chez les juristes. Voir par exemple, J.P. Chauchard, « La sécurisation des parcours professionnels », *Semaine Sociale, Lamy*, 2004, n°sp.1348, 7 avril 2004. G. Vachet, « Sécurisation des parcours professionnels : utopie ou réalité », *Droit social*, 2006, p.963. P.Caillaud, N.Maggi Germain, « Vers un droit personnel à la formation ? *Droit social*, 2007, p.574. B.Gazier, « Flexicurité et marchés transitionnels du travail : esquisse d'une réflexion normative », *Travail et emploi*, n°113, 2008, p.117.

[452] C'est sur ce point que s'est appuyée la CFDT une des organisations syndicales nationales sans laquelle l'ANI n'aurait pu être signé. Signalons que la formation professionnelle a aussi dans une moindre mesure été au cœur de la réforme espagnole de 2012.

[453] Elle permet à un salarié moyennant suspension temporaire de son contrat de travail d'aller exercer une activité dans une autre entreprise pour une durée déterminée au terme de laquelle le salarié revient dans son entreprise d'origine en usant de son droit au retour, soit la quitte définitivement, ce qui permet de limiter le risque de changement d'emploi à l'initiative du salarié. Il faut cependant souligner que cette mobilité n'est pas un droit du salarié puisque l'accord de l'employeur est nécessaire. S. Tournaux, « Le chemin tortueux de la mobilité volontaire sécurisée », *Droit social*, 2013, p.713.

[454] Au 15 Mars 2015, aucun accord de mobilité interne n'avait été conclu, ce qui est un indicateur fort des acteurs sociaux vis-à-vis de ce nouvel objet de négociation. P.H. Antonmattei, « L'accord de mobilité interne : il faut l'essayer », *Droit social*, 2013, p.794.

[455] Au 15 mars 2015, on comptabilisait 10 accords de maintien de l'emploi, ce qui n'indique pas un réel succès. G. Couturier, « Accords de maintien de l'emploi », *Droit social*, 2013, p.805. E. Peskine, « Les accords de maintien dans l'emploi – Ruptures et continuités », *Revue de droit du travail*, 2013, p.168

personnes affectées par la mesure entrainant une extension sans précédent du pouvoir unilatéral de l'employeur. Les mobilités quelles qu'elles soient ne sont plus conditionnées par des causes précises et préalablement définies mais pour des raisons liées à la compétitivité, la productivité, l'organisation technique ou l'organisation du travail dans l'entreprise, écartant ainsi toute possibilité d'évaluation au regard du principe de proportionnalité[445]. Dans un raccourci saisissant, Fernando Valdes Dal Ré résume la situation de la manière suivante : « Aujourd'hui le Gouvernement, dans la mesure où il ne peut plus dévaluer la monnaie nationale, puisqu'elle n'existe pas sous cette condition a décidé que cet objectif serait atteint par le moyen de la méthode la plus primaire et la plus primitive : la dégradation et la détérioration des conditions de travail des salariés [446]».C'est à cela qu'est utilisé le dialogue social.

II. L'instrumentalisation du dialogue social

Depuis plusieurs années, les organisations professionnelles en charge de la négociation collective voyaient leur légitimité questionnée. Les transformations profondes des fonctions de la négociation collective, voire son altération (A) ont conduit les pouvoirs publics et le législateur à trouver des réponses à la question de leur représentativité (B).

A. L'altération de la négociation collective

Pour que la négociation collective soit pleinement au service de la flexibilisation des conditions de travail et de la gestion de l'emploi (1), il lui a été reconnu dans de nombreux pays la faculté de déroger *in peius* aux normes supérieures (2).

1. La négociation collective au service de la flexibilisation des conditions de travail et de la gestion de l'emploi

Dès 2003, l'Allemagne considérée comme le modèle de référence en matière de flexibilité interne[447], a opéré des réformes et trouvé des compromis sociaux entre organisations syndicales et organisations d'employeurs qui lui ont permis de faire face aux effets de la crise financière de 2008. Le programme de réduction du temps de travail a permis et incité les employeurs à thésauriser le travail qualifié en attendant la reprise économique. Le recours au chômage partiel d'une part et d'autre part à des accords collectifs de travail de flexibilisation a fourni des réponses conjoncturelles à des situations de difficultés permettant de préserver le réservoir de main-d'œuvre dans les entreprises. Les conséquences de la crise ont été traitées sur un mode coopératif entre syndicats et employeurs. Pendant la première étape de la crise financière, les syndicats ont œuvré activement pour la préservation des emplois par le biais du chômage partiel (réduction temporaire de la durée du travail avec réduction des salaires partiellement compensée par l'assurance chômage)[448]. En Grèce, on a introduit des mesures de flexibilité interne dites de mise en alternance de travail, mesure qui permet de réduire la durée du travail et le salaire en cas de problème dans l'entreprise et ceci pendant 9 mois durant l'année civile. On a assisté à une prolifération des accords collectifs d'entreprise dérogatoires comprenant d'importantes baisses des salaires[449].Au Royaume-Uni, on a joué sur les mêmes éléments

[445] E.M. Puebla, « La réforme 2012 du marché du travail en Espagne : la flexibilité jusqu'au bout », *Revue de droit du travail*, 2012, p.442.
[446] Ibid. sp.p.21.
[447] Pour une analyse critique, voir P. Rémy, « Les accords collectifs sur l'emploi en Allemagne : un 'modèle' pour le droit français ? », *Revue de droit du travail*, 2012, p.133.
[448] M. Maul-Sartori, U. Mückenberger, K. Nebe, « Une protection segmentée : le droit social allemand face à la crise financière », *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 2012, n°2, p.60.
[449] C. Papadimitriou, « Le droit du travail grec face à la crise : un passage dangereux vers une nouvelle physionomie juridique », *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 2012, n°2, p.6.

d'une DUP. La santé, l'hygiène et la sécurité sont sans doute des sujets sur lesquels l'expertise ne peut pas s'acquérir autrement que par une spécialisation. Même si la loi impose un minimum de réunion sur cette question dans le cadre d'une délégation unique de personnel, il est fort à craindre, que la santé, la sécurité et l'hygiène soient vouées comme en matière d'emploi à être sous la coupe de diverses contraintes de temps, de ressources, d'urgences ou de priorités ; autant d'éléments pouvant potentiellement remettre en cause l'idée de prévention ou plus simplement d'attention continue et structurelle aux conditions de travail. Le risque est bien celui d'une régression en ce domaine.

Alors que la loi du 17 août 2015 revendique haut et fort une extension du dialogue social, relevons et illustrons par quelques exemples le paradoxe d'une loi qui au contraire étend le champ d'action du pouvoir unilatéral de l'employeur en lui reconnaissant une faculté juridique jusque-là réservée au domaine de la négociation collective.

Dans les entreprises de moins de 300 salariés, l'employeur peut décider seul de la mise en place d'une délégation unique du personnel. La nécessité d'un accord collectif a été élevée au seuil minimum de 300 salariés au lieu de 200 salariés avant la réforme de 2015.L'employeur peut décider seul dans les entreprises de moins de 300 salariés d'investir de toutes les compétences cette délégation unique y compris en matière d'hygiène et sécurité comme il peut décider de moduler son champ de compétences. En vertu du nouvel article L.2322-7 du code du travail, le chef d'entreprise peut désormais décider seulde la suppression du comité d'entreprise quand l'effectif de l'entreprise tombe en deçà de 50 salariés pendant 20 mois consécutifs ou non au cours des 3 dernières années précédant la date du renouvellement du comité. Avant une telle décision ne pouvait résulter que de la conclusion d'un accord avec l'ensemble des organisations représentatives ou à défaut d'une autorisation de l'inspection du travail.

Pour ce qui est de la négociation collective, on constate au contraire qu'elle traite désormais en France de sujets traditionnellement régis par le pouvoir unilatéral de l'employeur et porte donc de plus en plus sur des aspects organisationnels du travail de l'entreprise : gestion des emplois et des compétences, plans sociaux conventionnels, maintien de l'emploi au point qu'un auteur considère que désormais « la convention collective peut être un des modes d'expression du pouvoir de direction de l'employeur [443]». On voit aussi cependant naître un mouvement peu visible encore de retour du pouvoir unilatéral de l'employeur là où avait été conquis des espaces de dialogue, notamment en ce qui concerne la gestion des effets d'une décision de licenciements pour motif économique. Ainsi depuis la loi de 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, l'employeur a la possibilité d'établir un Plan de sauvegarde de l'emploi de manière unilatérale.

D'ailleurs en Espagne, ce mouvement de réappropriation des pouvoirs par l'employeur est très clairement en marche. Ainsi, la loi espagnole de 2012 a élargi la faculté de l'employeur de décider des fluctuations de la durée du travail à défaut d'accord collectif de travail. Les textes de 2010 ont introduit la mobilité fonctionnelle -ascendante et descendante-, la mobilité géographique et la modification substantielle des conditions de travail ; ceux de 2012 ont ajouté la réduction de la durée du travail associée à une réduction des salaires[444] et ont substitué à la catégorie professionnelle le groupe professionnel afin de faciliter le recours aux mobilités fonctionnelles par les employeurs. Avec les réformes de 2012, l'ensemble du système ayant trait aux modifications du contrat de travail (relatives à la durée du travail, au système des rémunérations, aux régimes de travail par roulement) distinguant entre modifications individuelles et collectives a été révisé au profit d'une extension des premières au détriment des secondes par une augmentation du seuil des

[443] E.Dockes, « Vers un déséquilibre conventionnel plus fort que le déséquilibre contractuel ? », *Droit ouvrier*, 2015, sp.p. 254.

[444]F.Valdes Dal Ré, « Flexibilité interne et réforme du marché du travail : le cas espagnol », *Revue de Droit du Travail et de Sécurité Sociale*, 2012, n°2, p.18.

et les moyens font l'objet d'aménagements conventionnels importants puisque le texte de loi s'appuie sur l'accord majoritaire collectif, « produit idéalisé du dialogue social [441]» pour définir les modalités effectives et les adaptations nécessaires. La question qui vient assez naturellement à l'esprit est celle de savoir si la simplification du dialogue social par l'unification de ces instances n'induit pas une réduction du dialogue social ou pour le moins n'introduit-il pas une ambivalence ?

A. L'ambivalence de la simplification du dialogue social

Nonobstant diverses mesures prises pour améliorer le fonctionnement ou la qualité des instances représentatives du personnel[442], c'est une réduction aussi bien quantitative (1) que qualitative (2) qui guette le dialogue social.

1. La réduction quantitative du dialogue social

L'employeur peut organiser des réunions communes de différentes instances de représentation quand un projet exige leur information et ou leur consultation. La possibilité de recourir à la visio conférence pour des réunions communes a été légalisée ; en l'absence d'accord collectif, le recours à cet outil est limité à 3 réunions par an. Toutes les réunions des instances de représentation sont concernées par le recours à la visio conférence. Cette technique source d'économies substantielles enlève à la fonction de représentation une dimension humaine, l'ampute de la dynamique de la rencontre directe et surtout isole physiquement chaque représentant du reste de l'assemblée, du reste des pairs pour créer finalement une relation individuelle là où il est espéré une relation collective. La simplification a aussi porté sur l'information et la consultation. Ainsi les attributions économiques ont fait l'objet d'une refonte complète si bien que l'on est passé de 17 obligations d'information à trois grandes séries de consultations. La première porte sur les orientations stratégiques ; elle a lieu une fois par an et porte sur les effets en matière d'emploi, de métiers, de compétences, de GPEC, de formation professionnelle. La deuxième vise la situation économique et financière de l'entreprise. La troisième porte sur la politique sociale de l'entreprise en matière de conditions de travail, de temps de travail, d'égalité, etc. C'est sans doute sur ce point que la réforme légale apporte de la rationalité, de l'efficacité et une forme de globalisation des questions.

La loi de 2015 a aussi rationnalisé et simplifié le dialogue social en regroupant les obligations de négociation collective. Depuis le 1er janvier 2016, les négociations obligatoires sont regroupées en trois thèmes. 1. Les rémunérations, le temps de travail et la répartition de la valeur ajoutée- 2. L'égalité professionnelle hommes femmes et la qualité de la vie au travail. 3. Les questions sur les emplois et les parcours professionnels dans les entreprises de plus de 300 salariés. La périodicité de ces négociations pourra être modifiée par accord majoritaire (maximum tous les 3 ans pour les négociations annuelles et tous les 5 ans pour les négociations triennales).

2. La réduction qualitative du dialogue social

En autorisant l'employeur à « fondre » le CHCST dans la délégation unique du personnel et en préconisant seulement la mise en place d'une commission hygiène et sécurité dans les entreprises de plus de 300 salariés, le législateur français fait fi de l'histoire du droit de cette instance. On rappellera qu'elle a été mise en place en 1982 avec des pouvoirs propres,une capacité à professionnaliser les compétences et la pratique des représentants se dédiant à ce domaine très particulier qui requiert un certain niveau d'expertise qu'il sera impossible d'atteindre dans le cadre

[441] Ibid.

[442] Au titre desquels on peut signaler le renforcement des obligations des représentants du personnel dans les organes de délibération ou la parité des listes électorales pour élections des instances de représentation du personnel.

même territoire pouvaient être traités dans le cadre d'une négociation collective commune. C'est pourquoi, ces commissions professionnelles ou interprofessionnelles peuvent être mises en place au niveau local, départemental ou régional. Ces commissions sont créées par un accord collectif qui fixe entre autres le droit de s'absenter des membres desdites commissions, la compensation des pertes de salaires ou le maintien de ceux-ci ainsi que l'indemnisation des frais de déplacement. Leurs compétences sont vastes : elles peuvent examiner les réclamations individuelles et collectives des salariés ainsi que toute question relative aux conditions d'emploi et de travail. Elles participent à l'élaboration et à la mise en œuvre d'accords collectifs conclus à d'autres niveaux. Elles négocient et concluent des accords « d'intérêt local notamment en matière d'emploi et de formation continue ». Quelles qu'unes ont été mises en place dans l'agriculture, les professions libérales[436], les assurances[437] ou l'artisanat[438].

-La création de commissions régionales interprofessionnelles pour les entreprises de moins de 11 salariés.

Le constat est parlant : 4,6 millions de travailleurs de très petites entreprises sont privés de représentants du personnel. Ces commissions sont mises en place au niveau régional pour un mandat de 4 ans renouvelable. La création de ces commissions est obligatoire quand il n'existe pas de commission paritaire régionale de branche. Elles sont composées de 20 membres salariés et employeurs d'entreprises de moins de 11 salariés désignées paritairement par les organisations professionnelles de salariés et d'employeurs.

Les attributions de cette Commission sont de donner des informations ou des conseils aux travailleurs et aux employeurs ; de rendre des avis sur des questions en matière d'emploi, de formation, de gestion prévisionnelle, de conditions de travail, de santé au travail, d'égalité professionnelle, de travail à temps partiel et de diversité des emplois ; de faciliter la résolution de conflits individuels ou collectifs n'ayant pas donné lieu à saisine du juge ; de faire des propositions sur des activités sociales et culturelles. Les membres de cette commission disposent de 5 heures au plus par mois de délégation et sont protégés contre les mesures de licenciement et de sanctions.

La loi de 2015 est faussement ambitieuse. Si l'on regarde de plus près, ces commissions ont certes une double compétence : délivrer aux employeurs et aux salariés des informations ou des conseils d'une et d'autre part apporter toutes les informations ou avis sur les questions propres aux TPE. Mais elles n'ont contrairement aux commissions paritaires locales susmentionnées aucune mission de négociation et de conclusion d'accord ni aucune fonction dans le règlement des réclamations. D'ailleurs les locaux de la TPE ne sont pas accessibles aux membres de ces Commissions ; et chaque représentant ne dispose que de 5 heures par mois pour représenter des salariés avec lesquels il ne peut pas avoir de contact direct sur le lieu de travail[439]. Certains ont très justement relevé le caractère complètement inoffensif voire factice de cette nouvelle institution[440] auquel s'ajoute le risque que la mauvaise monnaie ne chasse définitivement la bonne qui a bien du mal à s'implanter.

Si les instances de représentation continuent d'exister et si les seuils d'effectifs ont été maintenus, la loi de 2015 rend la représentation du personnel à géométrie variable. Les attributions

---

[436] En vertu de l'accord du 28-9-2012, a été créée la commission paritaire régional de développement du dialogue social dans l'interprofession des professions libérales.

[437] Accord interdépartemental sur la réduction du temps de travail dans les entreprises artisanales du Tarn, *Droit social*,1999, p.681. Cité en annexe de M.L. Morin, « Espaces et enjeux de la négociation collective territoriales, *Droit social*, 1999, p.681.

[438] P. Rennes, « Représentativité : les principes de liberté et d'égalité syndicales appréciés avec raison », *Droit ouvrier*, 2008, p.113.

[439] A.Lyon-Caen, « Franchir le(s) seuil(s), *Revue de Droit du Travail*, 2015, p.149.

[440] P. Rennes, « Dialogue social : les moyens et la fin (à propos du projet de loi dit « relatif au dialogue social et à l'emploi», *Droit ouvrier*, 2015, p.348.

comité hygiène sécurité et conditions de travail ou deux de ces instances sur la base d'un accord majoritaire ayant recueilli au moins 50% des voix au suffrage. Si l'entreprise comprend des établissements distincts, la DUP peut être mise en place au niveau d'un seul établissement ou de plusieurs. A défaut d'accord d'entreprise, un accord d'établissement peut prévoir la création d'une DUP établissement. La même chose peut être mise en place au niveau de l'Unité économique et sociale. Ce sont les parties à l'accord qui fixent le nombre de représentants de la DUP, étant entendu qu'un nombre minimum est fixé par décret. Les représentants syndicaux assistent aux réunions de la DUP qui portent sur les attributions du comité d'entreprise ; il en est de même en cas de réunions sur l'hygiène et la sécurité. L'inspection du travail peut aussi assister aux réunions ; elle doit être prévenue de la tenue de toutes les réunions.

C'est aussi l'accord collectif de travail qui fixe les règles de fonctionnement de l'instance et en particulier le nombre de réunions par an[432], le nombre d'heures de délégation qui doit être supérieur au nombre prévu par décret ainsi que le nombre de jours de formation. Si l'instance comprend le CHSCT, l'accord doit prévoir la composition, le fonctionnement d'une commission d'hygiène et de sécurité ainsi que le nombre de réunions par an[433]. L'accord peut aussi prévoir diverses commissions : économique, formation, information et aide au logement, égalité professionnelle. La loi ou le règlement ne font que fixer des minima ou à défaut d'accord s'appliquent à titre supplétif.

-DUP dans des entreprises de moins de 300 salariés

La DUP est envisageable au niveau de chaque établissement et peut comprendre le CHSCT. Le nombre de représentants prévus par décret peut être augmenté par accord. Les attributions de l'instance sont les mêmes que celles qui ont été rassemblées. Une réunion au moins une fois tous les deux mois doit être organisée et quatre au moins par an sur le CHSCT. Le crédit d'heures est attribué aux membres titulaires de la DUP qui sont censés disposer du temps nécessaire à l'exercice des attributions dévolues aux DP,CE,CHSCT ; ce temps ne peut excéder celui fixé par décret.

Si l'employeur décide de ne pas renouveler la DUP à l'échéance du mandat après avis de la DUP, alors il doit procéder sans délai à l'organisation des élections des instances représentatives du personnel classiques. Quand l'entreprise a moins de 50 salariés, l'employeur peut décider que la DUP cesse de plein droit d'exercer les attributions reconnues aux DP, au CE et au CHSCT qui vont exercer leurs activités propres jusqu'au terme du mandat si l'effectif de l'entreprise reste supérieur à onze salariés.

2. La solution à l'absence d'instances représentatives du personnel dans les très petites entreprises.

Deux solutions coexistent, les commissions locales paritaires et les commissions régionales interprofessionnelles.

-Les commissions locales paritaires[434]

Ces commissions avaient été créées par les lois Auroux de 1982 pour suppléer l'absence d'institutions représentatives dans les petites entreprises. Une de leur compétence est d'élaborer des accords professionnels, interprofessionnels ou interentreprises. Elles ont eu et ont du mal à être mises place[435]. Elles ont fait l'objet d'une réforme en 2004 dans le but de soutenir la négociation collective territoriale impliquant toutes les entreprises et non plus seulement les petites. Le législateur est parti de l'idée que des problèmes communs à plusieurs entreprises se situant sur un

[432] Etant entendu qu'il doit y en avoir au moins une tous les 2 mois.
[433] Qui ne peut être inférieur à 4 par an.
[434] Art.L2234-1 du code du travail
[435] M. L. Morin, « Espaces et enjeux de la négociation collective territoriale », *Droit social*, 1999, p.681.

A-La simplification par la réunification des instances représentatives du personnel

Les attributions des institutions représentatives du personnel en France ont été historiquement déterminées et distinguées à partir des seuils d'effectifs ; au lieu de se substituer l'une à l'autre selon les effectifs, c'est au contraire la règle du cumul qui a prévalu et qu'a commencée à briser la loi du 17 août 2015[429](1). A l'inverse dans les entreprises de moins de 11 salariés, le dialogue social n'existe pas parce qu'il n'y a pas en deçà de ce seuil d'obligation légale de représentation du personnel. Une telle exclusion est incompatible avec l'objectif de généraliser le dialogue social (2). La technique des seuils d'effectifs est utilisée dans de nombreux pays dont l'Allemagne, l'Italie, le Royaume-Uni ou l'Espagne pour fixer les règles applicables en matière de représentation du personnel. Mais dans ces pays, les seuils n'impliquent pas le cumul d'une pluralité d'instances dotées de fonctions propres mais une gradation des compétences d'une instance très souvent unique de représentation des salariés.
C'est singulièrement le cas en Allemagne[430], en Italie ou au Royaume-Uni[431] ;c'est ce vers quoi voudrait tendre le législateur français.

1. Le remède à l'empilement dans les entreprises de plus de 11 salariés : la DUP

Le dialogue social en France repose sur une diversité vraisemblablement inégalée d'instances créées au fil de l'histoire du droit du travail et par-delà, du mouvement ouvrier et des institutions politiques -délégués du personnel, comité d'entreprise, délégué syndical, comité hygiène sécurité et conditions de travail, comité central d'entreprise, comité d'entreprise européen, comité de groupe-, chaque instance ayant ses propres attributions mais aussi parfois des missions pouvant se chevaucher en raison des effectifs ou des sujets.

Le regroupement des institutions représentatives du personnel renvoie à un vieux débat en France sur les seuils d'effectifs et le frein à l'embauche que constitueraient l'entassement des instances de représentation du personnel. Le Medef défend la constitution d'un Comité d'entreprise unique. La loi de 2015 ne va pas aussi loin. Elle se contente de reprendre l'idée de délégation unique du personnel (DUP ci-après) qui avait été créée par la loi du 20 décembre 1993 afin de favoriser le dialogue social dans les entreprises de moins de 200 salariés. Il est désormais possible de regrouper –non de fusionner- les institutions représentatives du personnel des entreprises de moins de 300 salariés (au lieu de 200 dans le système précédent) en mettant en place une délégation unique du personnel.

-Regroupement par accord collectif des IRP dans les entreprises de plus de 300 salariés.

La loi permet un regroupement à géométrie variable sans fusion des IRP par accord collectif majoritaire. Le regroupement peut viser les délégués du personnel, le comité d'entreprise et le

[429] J.Y. Kerbourc'h, « La discrète mais importante révolution des institutions représentatives du personnel après la loi du 17 août 2015 », *JCP, Social*, n°41, 2015, 1353. Pour une vision critique, C.Nicod, « La réforme du dialogue social : une loi en manque d'inspiration », *Revue de droit du Travail*, 2015, p.549. M. Grignard, « Les instances de représentation du personnel : quelle évolution ? », *Droit social*, 2013, p.258. Ch. Radé, « Loi Rebsamen : un nouveau dialogue social ? », *Dalloz*, 2015, p.1360.

[430] En Allemagne, le conseil d'établissement est l'instance de représentation instituée dans les établissements d'au moins 5 salariés, sa mise en place, sa structure et ses pouvoirs sont ensuite gradués en fonction de divers seuils – 50 pour la mise en place ; 200 pour l'attribution d'un temps complet d'un des membres à la fonction du CE ; 100 salariés pour la mise en place d'une commission économique. Le droit à participation varie en intensité en fonction de la taille de l'établissement. Le taux de présence des représentants des salariés dans les organes des sociétés varie aussi en fonction de seuils d'effectifs. Cf. A. Seifert, « Les seuils d'effectifs en Europe –Allemagne-, *Revue de droit du travail*, 2015, p.205.

[431] Au Royaume-Uni, le seuil de 21 salariés est celui fixé pour déclencher la procédure de reconnaissance des syndicats dans l'entreprise. J. Prassl, « Les seuils d'effectifs en Europe – Royaume-Uni », *Revue de droit du travail*, 2015, p. 215. Le shop steward, délégué syndical est l'instance unique de défense des intérêts des salariés.

lois Aubry I et II sur les 35 heures à la fin des années 90 début 2000. Puis, le mouvement s'est accéléré avec une série de lois[425].

Les lois adoptées durant cette période procèdent à des renvois substantiels à la négociation collective, interprofessionnelle, de branche ou d'entreprise. A titre d'illustration et sans que cela soit exhaustif, on citera : le temps de travail, l'épargne salariale, le travail dominical, la GPEC, l'égalité hommes/femmes, le contrat de génération, la formation professionnelle, les mobilités, le maintien de l'emploi, le plan de sauvegarde de l'emploi. Si on ajoute à cela les obligations de négocier au niveau de l'entreprise ou de la branche qui se sont aussi multipliées, presque plus rien aujourd'hui n'échappe à la négociation collective. Mais ce n'est pas tant cette extension à l'ensemble de la relation de travail, que le rapport entre sources du droit qui est problématique. La règle étatique devenant en effet de plus en plus souvent supplétive pour laisser un espace sans contrainte à la règle conventionnelle, la négociation d'entreprise s'est tour à tour émancipée de la loi et du cadre conventionnel de la branche. L'agencement des sources du droit et le principe de faveur qui le gouvernait historiquement est de fait remis en cause.

Quels sont les défis ? Le principal, c'est celui d'asseoir la légitimité de organisations professionnelles et d'établir leur capacité à mener un dialogue social qui ne se résume donc plus à décrocher de nouveaux avantages pour les salariés mais qui au contraire en vient à des renoncements, à des compromis et des choix parfois douloureux sur le plan salarial, un dialogue social dont il faut souligner l'asymétrie croissante en raison d'un contexte marqué par le chômage, les difficultés économiques, la raréfaction de l'emploi et enfin une désaffection profonde vis-à-vis des corps intermédiaires que sont les organisations syndicales. Le dialogue social est ainsi aujourd'hui en proie à un double mouvement, de simplification d'une part qui affecte particulièrement le modèle français (I) et d'instrumentalisation d'autre part qui touche la plupart des pays européens (II).

I. La simplification du dialogue social

Serait-ce la fin du « millefeuille à la française[426]» ? Un auteur indique que la « mondialisation sonne le glas du modèle social français tel que forgé depuis la fin de la seconde guerre mondiale, ce que souligne à mots couverts mais sans ambiguïté le dernier rapport de l'OCDE consacré à la France [427]».Le dialogue social en France est partagé entre les institutions représentatives du personnel et les organisations syndicales. Les premières sont élues et voient leurs pouvoirs concentrés sur des questions d'information et de consultation ; leur champ d'intervention matériel est très large et leur périmètre géographique varie en fonction de celui de l'entreprise. La plupart du temps polyvalentes, parfois spécialisées[428], ces institutions ont fait l'objet de réformes récentes, dans le double objectif d'étendre et de simplifier le dialogue social. Ceci a consisté à favoriser l'unification des instances représentatives du personnel(A), ce qui n'est une garantie ni d'amélioration ni d'extension du dialogue social (B).

[425]Il s'agit de la loi Fillon de 2004 autonomisant l'accord d'entreprise par rapport à l'accord de branche, de la loi Larcher de 2007 faisant précéder toute réforme en matière d'emploi et de travail d'une demande de négociation au niveau national et interprofessionnel, et de la loi Bertrand de 2008 renversant l'articulation des normes au profit de l'accord d'entreprise en matière de temps de travail.

[426] Selon la formule de F. Favennec-Héry, « Une question qui fâche : le millefeuille des IRP », Droit social, 2013, p.250.

[427427] B.Teyssié, « Vers un renouveau du droit de la représentation du personnel ? », *La semaine juridique Social*, Mai 2015, 1163.

[428] Comme c'est le cas du CHSCT, Comité hygiène, sécurité, conditions de travail.

La modernisation du dialogue social- approche comparative

Pr.Isabelle DAUGAREILH

Directrice de recherche CNRS

Directrice du COMPTRASEC

Jamais le dialogue social n'est défini et pourtant l'expression fait florès. Il ne désigne sans doute pas la même chose selon le niveau. Dans l'entreprise, c'est l'ensemble des institutions et des moyens permettant la défense et l'expression collectives des droits et des intérêts des salariés ; autrement dit, ce sont les dispositifs permettant la consultation, l'information et la négociation avec les représentants des salariés et les syndicats. On pourrait y inclure la participation des travailleurs aux organes de décision de la société mais il n'en sera pas question dans la présente contribution. En donnant pour injonction la modernisation du dialogue social, on laisse supposer qu'il a quelque chose de vieilli, d'inadapté ou d'obsolète, qu'il n'aurait donc fait l'objet d'aucune réforme sérieuse depuis de nombreuses années. Or depuis les années 80, le législateur français n'a de cesse de le réformer.

Dès les années 80, le législateur français a engagé un mouvement de décentralisation de la négociation collective vers l'entreprise. Ce mouvement législatif s'est poursuivi depuis et a été accompagné par le juge. Dans une décision du 29 décembre 2004, le Conseil Constitutionnel a jugé qu'« il était loisible au législateur après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et relations de travail de laisser aux employeurs et aux salariés ou à leurs organisations le soin de préciser notamment par la voie de la négociation collective les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte ». L'article 34 de la Constitution confie au législateur la détermination des principes fondamentaux en matière de travail et d'emploi, ce qui a été entendu et mis en œuvre de manière extensive voire invasive dans le pays où la maxime de Lacordaire a été prise au sérieux[422], au point que la loi a été et est la pièce centrale et majeure des sources du droit du travail.

Le mouvement actuel, enclenché aux lendemains de la crise financière de 2008 par la plupart des Etats membres et largement soutenu par l'Union européenne est porteur de transformations en profondeur de la place et des fonctions de la négociation collective dans la régulation des relations de travail. Il n'a d'autre but que de fournir aux entreprises une plus grande flexibilité et de les aider à s'adapter aux exigences du marché. C'est le cas en Espagne, en Italie, au Portugal, en France et même en Allemagne. Perrulli[423] parle d'une tendance à la corporatisation[424] des systèmes de relations industrielles affectant profondément le système traditionnel des sources du droit du travail, provoquant une inversion de la pyramide des normes et une transformation radicale de la fonction historique de la négociation collective qui était d'améliorer le sort des travailleurs et d'être le support juridique d'innovations pour soutenir le progrès social.

Aujourd'hui, la fonction de la négociation collective est de plus en plus dérogatoire, non pas pour apporter un plus au salarié mais au contraire pour réduire ses droits ou ses avantages tels que formulés par la convention collective de branche mais aussi par la loi. Ce sont les lois Auroux qui ont autorisé pour la première fois la signature d'accords dérogatoires majoritaires au niveau des entreprises en matière de temps de travail. Le mouvement a connu une deuxième étape avec les

[422] C'est la loi qui libère et la liberté qui opprime.

[423] A.Perulli, « Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe », *Revue du Droit du Travail*, 2015, p.170.

[424] Néologisme utilisé par A.Perulli (ibid) pour désigner le mouvement qui tend à faire de l'entreprise un niveau central et de plus en plus autonome de création de règles.

d'assurer l'exercice efficace des fonctions du service d'inspection et, fixe même les critères en fonction desquels leur nombre devrait être déterminé . En outre, l'inspecteur doit être muni de tous les moyens matériels nécessaires (salaire, accessoires, conditions de travail, …) ([417]). Ces moyens sont d'autant plus exigés pour le protéger contre toute tentation de corruption.

Or, jusqu'à présent, comme dans un grand nombre de pays en développement ([418]), l'inspecteur de travail en Tunisie, souffre d'un certain manque au niveau des moyens strictement essentiels à l'exercice de ses missions ([419]).

Il en est ainsi, par exemple, du manque d'outils informatiques, alors qu'il doit normalement disposer d'une bonne base de données sur l'ensemble des entreprises placées sous son contrôle. De même, dans la recherche d'une meilleure application du droit du travail, il faut veiller à améliorer les méthodes de travail de l'inspecteur entachées par un certain automatisme et mécanisme dans l'application du droit du travail, sans être trop engagé par l'esprit et les finalités de cette discipline. D'où le problème de professionnalisme qui s'exprime nettement à travers l'ambigüité, voire l'ambivalence de certains consultations émanant de l'inspection. S'agissant de certains aspects techniques de leurs attributions, les agents chargés de l'inspection du travail témoignent d'une certaine faiblesse qui ne leur permet pas d'accomplir convenablement leurs missions. Une formation initiale suffisante et des formations continues de ces agents s'imposent comme une nécessité. Toutefois, le problème de moyens étant souligné, on ne doit pas manquer de noter, qu'entre 2010 et 2013, les conditions matérielles de travail de l'inspecteur ont subi une certaine amélioration. Pourtant, le nombre de visites sur terrain a, paradoxalement, baissé ([420]).

En conclusion, en tirant des leçons des lacunes sus-indiquées, l'inspecteur du travail peut jouer un plus grand rôle eu égard à l'exigence d'effectivité du droit du travail pour, en définitive, bénéficier aux employeurs et aux salariés. Ainsi, un système efficace d'inspection du travail, mené par des inspecteurs formés professionnellement et dotés de moyens appropriés, qui sont convenablement qualifiés et indépendants de toute influence extérieure indue, n'assure pas seulement une meilleure protection mais aussi, une meilleure prévention ainsi qu'une productivité au travail, au bénéfice de tous ([421]).

([417]) V. Art.11 de la Convention n°81.

([418]) Conférence internationale du travail, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, précité, p.24.

([419]) *Actes du 2ème Colloque régional sur : Un nouveau statut des inspecteurs de travail conforme aux normes internationales du travail*, précité.

([420]) On a marqué une chute de 30 000 visites en 2010 à 15 000 en 2013. *Actes du 2ème Colloque régional sur : Un nouveau statut des inspecteurs de travail conforme aux normes internationales du travail, précité.*

([421]) Conférence internationale du travail, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, précité, p.119.

par essence inconciliables. C'est ainsi qu'en jouant le rôle de conciliateur, ou encore, de pacificateur, l'inspecteur du travail sera naturellement appelé à chercher avant tout l'accord et le compromis et amené, du coup, à se dessaisir de sa qualité de garant de l'application de la législation où, toute idée de compromis devrait être exclue car il n'y a pas alors à transiger, la loi s'imposant de façon impérative ([411]). La mission de conciliation ne peut donc s'exercer sans se traduire par une dégradation du rôle de l'inspecteur du travail. C'est ce dont témoigne, d'ailleurs, l'inefficacité des procès-verbaux signés par les parties au conflit et contresigné par l'inspecteur du travail à l'issue de la procédure de conciliation ([412]). Cette inefficacité se confirme, d'autant plus, dans les conflits économiques, là où les salariés demandent plus que ce qui est prévu par le droit. Dans cette situation, l'intervention de l'inspecteur, en tant que conciliateur, n'a aucun sens ([413]). L'entreprise doit être un espace de droit via l'assistance technique de l'inspecteur. Or, dans la pratique, au lieu d'être résolu dans l'entreprise, le conflit de travail est transféré à l'inspecteur puis, au gouverneur chargé de la paix sociale et se trouve ainsi politisé. Ce qui finit par des procès -verbaux qui ne résolvent pas vraiment le problème. On se lance ainsi dans un cercle vicieux où on passe de grèves offensives à des grèves défensives, pour demander l'application du procès-verbal de la conciliation ([414]).

En fait, l'échec de la conciliation et le recours même à la conciliation, cachent, en arrière-plan, l'inefficacité du contrôle.

Les litiges existent à cause des défaillances dans le contrôle. Plus le contrôle est renforcé et développé et, plus on peut anticiper et prévoir les conflits de travail, de manière à éviter le recours à la conciliation. Or, c'est justement à cause de cette mission de règlement des conflits de travail que ces agents de terrain se trouvent retenus durant toute la journée dans des bureaux qui ressemblent beaucoup à des bureaux de conciliation et d'arbitrage.C'est ainsi que, durant les dix dernières années, la mission de conciliation s'est nettement développée au détriment de celle de contrôle. C'est ce que confirment en pourcentage les procès-verbaux qui ne représentent que 2% du total annuel des visites de contrôle de l'application de la législation du travail, alors que l'ampleur réelle de l'infraction est certainement plus élevée selon le point de vue des syndicats ([415]).

Pour pallier à cette recrudescence des conflits sociaux, il faudrait développer des programmes de promotion du dialogue social et principalement encourager la conclusion des conventions collectives qui sont des outils adaptés pour maintenir la paix sociale. Mais, il faudrait surtout attribuer la fonction de conciliation à une institution ou à des fonctionnaires spécialisés en vue de permettre aux inspecteurs du travail d'exercer de manière plus cohérente leur fonction de contrôle ([416]).

B- Limites liées aux moyens mis à sa disposition

Conformément aux normes internationales établies en la matière, deux tiers du travail de l'inspecteur doit être sur terrain. A cet effet,l'article 10 de la convention n°81 de l'OIT fait obligation aux Etats signataires de doter l'inspection du travail de moyens humains suffisants pour lui permettre

---

([411]) *Bureau international du travail*, L'inspection du travail, Manuel d'éducation ouvrière , Genève, 1999, pp.43-45.

([412]) V. dans ce sens : *Conférence internationale du travail*, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, précité, p.25 ; COULIBALY (S), *Défis de l'inspection du travail au Maroc* / Mastère en Droit des affaires- F.S.J.E.S l, RABAT, Publié le 15 juillet 2010 par *univ-jurisocial.over-blog.com*

([413]) Selon Karl MARX, l'entreprise est le lieu de promotion du conflit social et c'est à elle de trouver des solutions à ces conflits.

([414]) Le coût des P.V. signés à l'issue de conciliations est estimé à 50 milliards de dinars / *Actes du 2ème Colloque régional sur : Un nouveau statut des inspecteurs de travail conforme aux normes internationales du travail, précité.*

([415])BEN SEDRINE (S) et AMAMI (M), *Le défi de la rénovation du dialogue social aux multiples dimensions / Rapport final* , octobre 2014.

([416]) *Conférence internationale du travail*, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, précité, p.25.

politique, étrangères et parfois incompatibles avec l'objectif d'effectivité du droit du travail pour une meilleure protection des travailleurs ([405]).

Ces craintes trouvent leur pleine légitimité à la lecture du chapitre 7 de la Constitution de 2014, visant le renforcement de la décentralisation. La région, en tant que collectivité locale jouit de la personnalité juridique et de l'autonomie financière et administrative et, gère ses affaires conformément au principe de la libre administration. Ainsi, bien qu'il n'est pas autorisé à intervenir de quelque manière que ce soit dans l'exercice, par l'inspecteur, de sa mission de contrôle, le gouverneur peut légitimement user de la prérogative qui lui est assignée par le décret de 2014 pour affaiblir, voire, marginaliser cette mission. La priorité donnée aux missions définies par la convention n°81, les conditions d'indépendance et d'impartialité qui y sont fermement soulignées se trouvent ainsi en jeu.

Par ailleurs, en vue d'une meilleure application du droit du travail, on se demande s'il n'est pas plus judicieux d'activer le principe de décentralisation dans l'organisation même de l'administration de l'inspection du travail, de manière à ce que toute administration régionale tienne compte de la spécificité de chaque région, en coordination avec l'administration centrale ([406]).

En effet, le directeur régional et, d'ailleurs, tout inspecteur de travail relève de l'appareil de gouvernance de l'administration du travail. A cet effet, il doit être muni de toutes les ressources nécessaires pour un meilleur exercice de ses fonctions ([407]).

2/ Prédominance de la mission de conciliation

Placée en arrière-plan des principes indiqués dans l'art.3 de la Convention n°81, la recommandation n°81 sur l'inspection du travail stipule dans une formule beaucoup plus explicite et ferme que, « la conciliation et l'arbitrage sont deux missions incompatibles avec l'inspection du travail. »([408])

Pourtant, en droit tunisien, le cumul de tâches est nettement établi ([409]). Il demeure maintenu même avec l'abandon, dans le décret de juillet 2014, de l'appellation « inspection du travail et de conciliation » et son remplacement d'une manière assez artificielle, par celle d'« inspection du travail et d'administration des conflits de travail » Ce cumul est encore maintenu en dépit des nouvelles dispositions prévoyant que « les inspecteurs de travail ne peuvent pas être chargés au même temps des missions de l'inspection du travail et de l'administration des conflits de travail.»([410])

L'exigence d'une séparation en ce sens semble artificielle et purement théorique. En effet, les deux missions relèvent réellement de la même structure qu'est le comité général, alors qu'elles sont

---

([405]) Dans certains pays, par exemple, les ordres du gouvernement induisent l'inspection du travail à veiller plus sur les syndicats, plutôt que protéger les travailleurs. Dans d'autres pays, les inspecteurs du travail sont chargés de rechercher les travailleurs clandestins. Sur ce point, la Commission d'Experts a rappelé que «le premier devoir des inspecteurs du travail est de protéger les travailleurs et de ne pas appliquer la loi relative à l'immigration» *Conférence internationale du travail*, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, précité, p.23.

([406]) HELLAL (M), « Les normes internationales du travail, réglementant les missions de l'inspecteur de travail », *in : Actes du 2ème Colloque régional sur : Un nouveau statut des inspecteurs de travail conforme aux normes internationales du travail*, Communication précitée

([407]) En ce sens, la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations a estimé contraire à la convention n°81, l'initiative dans un pays de décentraliser l'inspection du travail sans assortir la mesure de l'obligation pour les autorités administratives régionales ou locales décentralisées d'instituer un système aux fins de son fonctionnement et d'y affecter des ressources budgétaires adéquates.

([408]) Ladite recommandation a donné lieu à la Convention n°81. En dépit de son caractère non obligatoire, elle constitue, après la convention, le deuxième texte de base en la matière.

([409]) V. Art. 172 du code du travail, art.2 du décret n°2014-2861 du 15 juillet 2014, fixant le statut particulier aux membres du comité général et d'administration des conflits du travail et art.3 du décret n° 2010-2768 du 25 octobre 2010, fixant le statut particulier des agents du corps de l'inspection du travail et de conciliation.

([410]) Art.2 du décret de 15 juillet 2014.

1/ Dépendance à l'égard du pouvoir exécutif

Aux termes de l'art.4 de la convention n°81, l'inspection du travail doit notamment fonctionner à la manière d'un système, sous la surveillance et le contrôle d'une autorité centrale ([400]). Par la suite, la convention ajoute dans son art.6 que « le personnel de l'inspection sera composé de fonctionnaires publics dont le statut et les conditions de service leur assurent la stabilité dans leur emploi et les rendent indépendants de tout changement de gouvernement et de toute influence extérieure indue. » Ainsi, au sens de la convention n°81 le principe d'indépendance s'articule avec le principe de subordination hiérarchique.

L'indépendance visée par la convention ne peut donc se ramener à une pure autonomie ([401]). Or, dans la pratique cette séparation entre l'aspect structurel et organisationnel qui, lui, doit correspondre à un système hiérarchique et le niveau de l'exercice des missions qui doit répondre à l'exigence d'indépendance affichée par la convention n°82, semble artificielle. Encore faut-il offrir aux inspecteurs de fortes garanties pour que leur maintien en service ou leurs perspectives de carrière ne soit pas tributaire de considérations politiques afin qu'ils puissent agir, comme l'exige leur fonction, en toute indépendance ([402]).

En Tunisie, il convient de rappeler l'abandon de l'ancienne formule du décret du 25 octobre 2010 ([403]), prévoyant que les inspecteurs du travail exercent leurs fonctions «sous l'autorité directe du Ministre des affaires sociales ». Ainsi, aux termes de l'art.3 du décret du 15 juillet 2014, il est prévu que « le corps de l'inspection du travail est organisé sous forme de Comité général qui le supervise. Ce Comité est présidé par un cadre nommé par décret sur proposition du Ministre des affaires sociales. » Pourtant, ce qui est le plus significatif à cet égard, c'est la consolidation de cette dépendance des inspecteurs à l'égard du pouvoir exécutif, par les dispositions du même décret, prévoyant que ceux-ci « peuvent être chargés de toute autre mission auprès des administrations publiques centrales, régionales et locales … »

A ce niveau, il convient de rappeler que, la possibilité d'investir l'inspecteur d'autres tâches qui s'ajoutent à celles qui lui incombent au titre de ses fonctions principales, n'est pas exclue par la convention n°81, pour autant que ces missions additionnelles ne fassent pas obstacle à l'exercice par l'inspecteur de ses fonctions principales et qu'elles ne portent pas préjudice d'une manière quelconque à l'autorité et à l'impartialité qui lui sont nécessaires dans ses relations avec les employeurs et travailleurs. Or l'exemple tunisien ne semble pas répondre aux exigences de l'O.I.T sur ce point. En effet, le décret de 2014 vise, en faisant recours à une formule absolue, « toute autre mission » sans aucune précision. Ainsi, en se basant sur ce texte, rien n'exclue que l'inspecteur du travail ne soit détourné de son rôle principal et ce sous deux aspects. Un détournement en termes de moyens et de disponibilité éventuellement mobilisés aux nouvelles missions au préjudice d'un exercice efficace de ses missions primordiales, qui sont complexes et requièrent une formation, du temps, des moyens et une grande liberté d'action et de mouvement ([404]). Ce détournement serait d'autant plus flagrant qu'il risque de se traduire par une instrumentalisation de l'inspecteur pour servir des considérations d'ordre

---

([400]) La recommandation (nº 20) sur l'inspection du travail, adoptée en 1923, préconisait déjà le placement de l'inspection du travail sous le contrôle direct et exclusif d'une autorité nationale centrale.

([401]) RAMACKERS (P) et VILBOEUF (L), *Le système d'inspection du travail en France*, Cahiers de l'Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, pp.78 et suivants.

([402]) Paragraphe 136 de l'étude d'ensemble de 1985, *in : Conférence internationale du travail*, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations / Rapport III (Partie 1 B), 2006 (95ème session), p.70.

([403]) Décret n°2010-2768 du 25 octobre 2010, fixant le statut particulier des agents du corps de l'inspection du travail et de conciliation du Ministère des affaires sociales, de la solidarité et des tunisiens à l'étranger.

([404]) *Conférence internationale du travail*, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, précité.

vocation à entretenir avec les employeurs et les travailleurs, les inspecteurs du travail peuvent être les agents publics les mieux placés pour détecter des situations susceptibles d'appeler des solutions juridiques en vue d'une meilleure protection au travail.

Cette mission tire sa pleine légitimité d'un contexte de plus en plus marqué par une évolution rapide des formes et cadres des relations de travail, des techniques de production et des technologies utilisées dans le milieu. Il importe, donc, que la législation pertinente s'adapte à cette évolution afin que les travailleurs occupés en vertu de relations de travail nouvelles ou subissant des conditions de travail abusives ne pâtissent pas de ses lacunes.

Bien qu'à des degrés différenciés, les missions précitées concourent à un seul et même objectif, à savoir celui de l'application et l'amélioration de la législation relative aux conditions de travail et à la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession. Il s'agit ainsi de missions inhérentes à la fonction même d'inspection.

Leur caractère primordial est déjà souligné dans l'art.3 paragraphe 2 de la convention n°81 qui stipule dans des termes catégoriques que « si d'autres fonctions sont confiées aux inspecteurs du travail, celles-ci ne devront pas faire obstacle à l'exercice de leurs fonctions principales ni porter préjudice d'une manière quelconque à l'autorité ou à l'impartialité nécessaires aux inspecteurs dans leurs relations avec les employeurs et les travailleurs.»

Les fonctions primordiales de l'inspecteur du travail étant définies, toute la question est de savoir si leur plein exercice est suffisamment garanti en droit tunisien.

II- Le problème d'exercice : entrave sérieuse à l'exigence d'effectivité

Dans la pratique, l'inspecteur de travail se trouve confronté à certains obstacles et contraintes, largement dus aux déficiences qui marquent, jusqu'à présent, son statut (**A**), ainsi qu'à la faiblesse des moyens mis à sa disposition (**B**).

A- Limites liées au statut de l'inspecteur du travail

Selon la convention n° 81, le statut de fonctionnaire public est retenu pour le personnel de l'inspection parce qu'il semble le plus propre à lui assurer l'indépendance et l'impartialité nécessaires à l'exercice de ses fonctions ([399]). Pourtant l'expérience tunisienne en la matière, comme plusieurs autres expériences montre qu'à lui seul le statut de fonctionnaire public n'est pas suffisant pour garantir cette indépendance et que sous certains aspects ce statut semble même marqué par une certaine ambivalence en ce sens que c'est paradoxalement ce statut qui se trouve à l'origine des limites accablant le travail de l'inspecteur.

([399]) En tant que fonctionnaires publics, les inspecteurs du travail sont, en règle générale, nommés à titre permanent et ne peuvent être révoqués que pour faute professionnelle grave définie de manière suffisamment précise pour éviter les interprétations arbitraires ou abusives. La décision de révocation d'un inspecteur du travail, comme toute décision de sanction ayant des conséquences importantes, ne devrait être prise ou confirmée que par une instance offrant les garanties d'indépendance ou d'autonomie nécessaire par rapport à l'autorité hiérarchique et selon une procédure garantissant les droits de défense et de recours. V. Travaux préparatoires de la convention n°81.

installations les aménagements qui s'imposent en vue de faire respecter les dispositions relatives à la santé et à la sécurité des travailleurs et peuvent même, en ce domaine, prescrire des mesures immédiatement exécutoires en cas de danger imminent. Pour pouvoir mener à bien cette mission, l'art .147 du Code du travail les a investis d'un certain nombre de prérogatives. C'est ainsi qu'ils peuvent pénétrer, librement et sans avertissement préalable, à toute heure du jour ou de la nuit, dans tout établissement assujetti au contrôle de l'inspection , procéder à tous examens, contrôles ou enquêtes jugés nécessaires pour s'assurer de l'observation effective du droit du travail. A cette fin, ils peuvent librement interroger l'employeur et les salariés, même en l'absence de leur employeur. Mais, dans ce cas, ils sont tenus au respect du secret professionnel, sous peine de sanctions pénales et ce, même après de l'avoir quitté le service.

Par ailleurs, les inspecteurs peuvent se faire remettre par l'employeur les livres, registres et documents nécessaires à l'exécution de leur mission. Au terme de cette procédure, l'inspecteur s'est doté, depuis 1994, d'un pouvoir verbalisateur, pouvoir de police, lui habilitant à déclencher la poursuite devant le juge, sans avoir à passer par le Ministre des affaires sociales, qui, selon l'ancienne formule détenait, seul, ce pouvoir.

En vertu de l'art.180 du Code du travail, les inspecteurs sont tenus de rédiger un rapport trimestriel sur l'application des dispositions dont ils chargés d'assurer l'exécution.

Ces rapports doivent mentionner notamment, les accidents graves dont les travailleurs ont été victimes et leurs causes. Les motifs réels des conflits collectifs et individuels du travail. A partir de ces rapports, un rapport général annuel est établi par le Ministère des affaires sociales. Ce document est assez précieux pour mieux saisir la réalité de l'application du droit du travail. Malheureusement, il n'est pas adopté d'une manière régulière.

A côté de la mission de contrôle, l'inspection du travail est également investie d'un rôle d'information et de conseil, tant à l'égard des employeurs qu'à l'égard des travailleurs ([396]). Ce qui favorise largement une meilleure compréhension et, par la même, une meilleure application du droit du travail. Ainsi, derrière cette mission d'assistance technique, se profile le souci d'efficacité du droit du travail qui, ne se mesure pas par l'application du droit pénal.

Au contraire, le droit pénal est au service du droit du travail, donc, le pouvoir de police dont dispose l'inspecteur de travail, n'est pas exercé de façon automatique. L'importance de ladite mission est déjà soulignée dans l'art. 3, paragraphe 1 *b)*, de la convention n° 81, qui considère que les deux fonctions sont indissociables et qu'elles représentent les deux aspects essentiels de l'inspection du travail.

Encore mieux, la mission d'assistance technique peut être pleinement exploitée pour pénétrer les entreprises où le droit n'est pas très clair. En Tunisie, un secteur comme celui des centres d'appel, par exemple, mérite une convention collective. C'est tout le rôle que peut jouer l'inspecteur du travail à travers la mission de l'assistance technique ([397]). La même question se pose également pour le travail des handicapés. Or, jusqu'à présent, les inspecteurs discutent des questions classiques de salaire, durée de travail, etc.

A côté des fonctions précitées, les inspecteurs du travail en Tunisie sont également chargés d'une mission fondamentale qui consiste à porter à l'attention des autorités compétentes toute déficience ou abus qui n'est pas spécifiquement couvert par les dispositions légales en vigueur ([398]). En effet, du fait de leur libre accès aux lieux de travail ainsi que des relations privilégiées qu'ils ont

---

([396]) Cette mission revêt une importance particulière surtout, au passé, lorsque les partenaires sociaux n'avaient aucune culture en la matière.

([397]) HELLAL (M), « Les normes internationales du travail, réglementant les missions de l'inspecteur de travail », *in : Actes du 2ème Colloque régional sur : Un nouveau statut des inspecteurs de travail conforme aux normes internationales du travail*, Communication précitée.

([398]) Art. 170 -Modifié par la loi n° 94-29 du 21 février 1994.

A - Un domaine de compétence multidimensionnel

L'inspecteur de travail est fonctionnaire d'Etat relevant d'un corps interministériel (le ministère des affaires sociales) régi par le statut de la fonction publique ([389]) et un décret spécifique portant statut particulier de l'inspection du travail ([390]). Dans le Code du travail, la matière et réglementée par les articles 170 à 182.

Le Code prévoit une seule inspection du travail pour tous les secteurs d'activité soumis au droit du travail. Sous cet aspect, le droit tunisien semble emprunter l'approche française de l'inspection dite « généraliste », qui, à la différence d'autres systèmes d'inspection spécialisés dans le domaine de la santé et de la sécurité, voire de la protection de l'environnement, se caractérise par un domaine de compétence très étendu recouvrant les conditions et le milieu de travail, les relations individuelles et collectives de travail, la promotion de l'emploi et la sécurité sociale. Cet effort de centralisation répond à un souci d'efficacité. En effet, il permet d'offrir à l'agent une vision globale et cohérente de l'entreprise et d'éviter une multiplication intempestive des intervenants de l'Administration. Ladite approche de l'inspection se justifie d'ailleurs, par le rôle traditionnel de l'Etat très interventionniste dans le domaine social en Tunisie. En ce sens, le passage d'une économie planifiée à une économie de marché est de nature à accentuer le besoin d'un système d'administration disposant d'une vision globale et intégrée des différents problèmes de l'entreprise ([391]). Pourtant, dans la pratique, le travail d'une inspection « généraliste » est marqué par un manque de technicité et de professionnalisme. Le Bureau international de travail note dans ce sens que, la conception généraliste semble impliquer des méthodes d'intervention de types plus administratif et juridique que technique, avec un recours plutôt réduit aux experts externes et une organisation du travail à dominante géographique ([392]). En Tunisie, une volonté de pallier ces lacunes s'exprime à travers la création, en 1994, de l'inspection médicale du travail ainsi que le recours à des ingénieurs spécialisés en matière de sécurité ([393]).

B-Des pouvoirs appropriés pour une bonne application du droit du travail

Conformément à la convention n°81 ([394]), les agents de l'inspection du travail sont pour l'essentiel chargés de trois missions. La première mission consiste à contrôler l'application des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles qui organisent les relations de travail ou qui en découlent dans tous les secteurs d'activité économique soumis au droit du travail ([395]). A cette fin, les inspecteurs du travail sont habilités à constater les infractions, par procès-verbaux concurremment avec les autorités de la police et de la garde nationale.

Ces procès sont transmis par la voie hiérarchique au Procureur de la République aux fins de poursuites. Ils sont également habilités à mettre l'employeur en demeure afin qu'il apporte aux

---

([389]) Voir la loi n° 83-112 du 12 décembre 1983, portant statut général des personnels de l'Etat, des collectivités locales et des établissements publics à caractère administratif et ensemble les textes qui l'ont modifiée ou complétée et notamment le décret- loi n° 2011-89 du 23 septembre 2011, et notamment son article 2 (nouveau).

([390])V. le décret n° 2014-2861 du 15 juillet 2014, fixant le statut particulier aux membres du comité général d'inspection du travail et d'administration des conflits du travail du ministère des affaire sociales, *J.O.R.T* du 8 août 2014 , n°64, pp. 2002-2007 et le décret n° 2010-2768 du 25 octobre 2010, fixant le statut particulier des agents du corps de l'inspection du travail et de conciliation du ministère des affaires sociales, de la solidarité et des tunisiens à l'étranger .

([391]) V. RAMACKERS (P) et VILBOEUF (L), *Le système d'inspection du travail en France*, Cahiers de l'Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, éd.2004, pp.4-5.

([392]) V. RAMACKERS (P) et VILBOEUF (L), Op.cit., p.5.

([393])Décret n° 94-1490 du 11 juillet 1994, fixant le statut particulier du corps de l'inspection médicale du travail, *J.O.R.T* du 22 juillet 1994, N°57.pp. 1215-1217.

([394]) Art.3.

([395]) Par secteurs d'activité économique soumis au droit du travail, on vise les secteurs industriel, commercial et agricole, bien que celui-ci se caractérise par un certain particularisme, surtout, au niveau du régime de la sécurité sociale.

Le statut de l'inspecteur du travail à l'épreuve de l'exigence d'effectivité du droit du travail

Imen BEN MOHSEN SAYARI

Maître technologue à l'I.S.E.T de Nabeul

Plus que toute autre matière, le droit du travail constitue par excellence un domaine où interfèrent d'une manière assez significative des enjeux politiques, sociaux et économiques qui présentent sous certains aspects un caractère d'ambivalence. Ce qui pose vivement la question de son effectivité. Le problème se pose d'autant plus que le monde du travail est de plus en plus marqué par des bouleversements, qui devraient de se poursuivre ([385]), tout en suscitant par la même une réflexion réaliste plus poussée sur l'effectivité du droit du travail, non seulement au sens strictement mécanique de l'application, mais également sous l'angle du caractère mouvant et évolutif que la matière est supposée avoir. C'est l'essentiel de la conception qui se profile derrière l'exigence de création d'un système d'inspection du travail affichée depuis son adoption en 1947 ([386]), par la convention n° 81, applicable dans les établissements industriels et commerciaux, et considérée, jusqu'aujourd'hui comme l'instrument de référence universel en la matière ([387]).

Dans l'objectif d'assurer une meilleure conformité avec ladite convention, aussi bien le code du travail que ses textes d'application, dont, notamment, le décret fixant le statut particulier aux membres du comité général d'inspection de travail et d'administration des conflits de travail du Ministre des affaires sociales ([388]), ont investi les inspecteurs de travail d'un rôle assez important (**I**). Or, dans la pratique, il s'avère que ce rôle manque beaucoup d'effectivité et d'efficacité **(II).**

I - Un rôle théoriquement important

L'importance du rôle accordé à l'inspecteur du travail s'exprime à priori par la plénitude de son domaine de compétence (sous-paragraphe 1) ainsi qu'à travers les pouvoirs qui lui sont reconnus et les missions qui lui sont attribuées à titre principal, en pleine adéquation avec l'exigence d'effectivité du droit du travail. (sous-paragraphe 2)

([385]) Ils comprennent notamment la fragmentation du marché du travail; l'augmentation rapide du nombre de travailleurs étrangers et migrants; la progression de la déréglementation et de la privatisation; les nouvelles formes de sous-traitance; la multiplication des arrangements ou relations atypiques de travail; la nécessité d'éliminer toutes les formes de discrimination fondées sur d'autres critères que le sexe; les évolutions rapides et complexes des technologies; ou les préoccupations quant à l'insécurité de l'emploi et au niveau croissant de stress au travail.

([386]) Convention concernant l'Inspection du travail dans l'industrie et le commerce, adoptée à Genève le 11 juillet 1947 (30ème session C.I.T) et, entrée en vigueur, le 07 avril 1950. V. notamment l'art.6.

([387]) La convention est très largement inspirée de la recommandation n°20 sur l'inspection du travail, qui a établi, en 1923, l'ensemble des principes qui restent les fondements de l'établissement et du fonctionnement efficace d'un système d'inspection du travail.

([388]) Décret n°2014-2861 du 15 juillet 2014, *J.O.R.T* du 08 août 2014, N°64, pp.2002-2007.

particularité de ce comportement dans les lieux du travail n'a été prévue dans le code. Si le code pénal porte secours au code du travail en incriminant le harcèlement sexuel[382], il ne s'agit qu'un des aspects d'un phénomène plus général le harcèlement psychologique[383]. Des agissements contrariants et contraignants dont l'objet ou l'effet l'asservissement et la dégradation de la personne, affectent gravement le salarié dans sa santé physique et psychique et portent atteinte à sa dignité. A cet égard il est nécessaire de souligner que la protection de la santé psychique du salarié est négligée par le code du travail. Une telle méconnaissance est injustifiée surtout avec le développement des techniques de travail qui a accru considérablement les risques psychiques. Au de-là de sa vie professionnelle, le salarié doit également être protégé dans sa vie personnelle et ses libertés individuelles contre les immixtions arbitraires de l'employeur. Mais une fois encore le législateur manque à son obligation de protection.

C'est un large champ qui sera sans doute appelé à être refondé sur un dispositif légal nouveau et adéquat permettant un meilleur respect de la dignité du salarié dans sa dimension individuelle comme dans sa dimension collective.

L'analyse du dispositif actuel de protection pénale de la dignité du salarié, permet de révéler l'existence d'importantes carences au sein du code du travail. Cependant ce constat pessimiste débouche quand même sur l'espoir d'une progression certes lente mais continue d'un respect de la personne du salarié. En effet, « le droit positif ne reste jamais immobile non plus, car la société qu'il a pour tâche d'organiser ne cesse de se transformer »[384]. L'évolution constante des modalités et des formes du travail source de nouvelles menaces, met en évidence la nécessité de préserver les équilibres et de clarifier les responsabilités. La dignité doit donc avoir une fonction régulatrice concrétisée par une protection fructueuse des droits et libertés fondamentaux du salarié.

[382] -Article 226 ter du code pénal ajouté par la loi n° 2004-73 du 2 aout 2004 : « Est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de trois mille dinars celui qui commet le harcèlement sexuel. Est considéré comme harcèlement sexuel toute persistance dans la gêne d'autrui par la répétition d'actes ou de paroles ou de gestes susceptibles de porter atteinte à sa dignité ou d'affecter sa pudeur, et ce, dans le but de l'amener à se soumettre à ses propres désirs sexuels ou aux désirs sexuels d'autrui, ou en exerçant sur lui des pressions de nature à affaiblir sa volonté de résister à ses désirs. La peine est portée au double lorsque l'infraction est commise à l'encontre d'un enfant ou d'autres personnes particulièrement exposées du fait d'une carence mentale ou physique qui les empêche de résister à l'auteur du harcèlement ».

[383] -Voir à titre de comparaison le code du travail français.Article L.1152-1 : « Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel »

[384] - De Tisso O. op. cit. p. 977.

favorisant l'expression de l'identité collective des travailleurs »[375]. Toutefois les atteintes à la liberté syndicale n'apparaissent pas dans la liste des infractions. Il est regrettable que le code du travail ne sanctionne pas pénalement la discrimination pour des raisons syndicales ni l'entrave à l'exercice des activités syndicales. Le fait d'incriminer une discrimination fondée sur le sexe et non celle fondée sur l'appartenance syndicale génère une incohérence inadmissible. Rien ne justifie cette discrimination dans la protection des droits. Il en résulte que l'appréciation de la norme peut tendre à être davantage politique que juridique.

Au fil de cette analyse relative aux droits collectifs, on constate également le désintérêt du législateur à l'égard du droit de grève. Ce droit, corollaire de la liberté syndicale, confère au salarié la qualité d'un sujet libre dont il est privé dans sa relation individuelle avec l'employeur[376]. Le code du travail reconnu, dans l'article 376 et suivants, le droit de grève au profit des salariés. Et il a introduit dans l'article 388 une liste d'infractions sanctionnées d'un emprisonnement de trois à huit mois et d'une amende de cent à cinq cent dinars. Mais prenant soin de souligner que ces infractions sont destinées à protéger l'entreprise essentiellement pendant une grève illégale[377]. On ne peut qu'être stupéfiant d'observer qu'aucune incrimination n'est faite des actes menaçant l'exercice légal du droit de grève. Il est évident que l'intérêt de l'entreprise mériterait d'être effectivement assuré mais il en est un autre, bien plus précieux, qui est atteint dans ses fondements les plus profonds, c'est la dignité. A tout le moins, il faudrait protéger d'égale manière l'entreprise et ses salariés.

Si la dignité du salarié est incontestablement menacée par l'effacement d'une protection pénale des droits déjà affirmés dans le code du travail, elle est tout autant par un silence étonnant du code sur d'autres droits et libertés fondamentaux non encore prévus. En effet la sanction pénale est l'accessoire répressif de la norme sociale dans le but de protéger « le plus faible » (le salarié) à l'égard du « plus fort » (l'employeur)[378]. Son existence dépend du rôle joué par l'affirmation des droits fondamentaux en droit du travail. Lorsque les droits font l'objet d'une consécration timide dans la règle sociale, la sanction pénale reste, bien évidemment, d'invocation limitée. Pour cette raison la liste des comportements susceptibles de porter atteinte à la dignité du salarié actuellement prévue dans le code du travail est loin d'être suffisante car l'approche du législateur est trop incomplète. La dignité doit être consolidée dans ses fondements pour être confortée dans sa protection[379]. On regrette notamment aujourd'hui, au regard de nos obligations internationales, que le législateur n'a pas cru utile de défendre le salarié par l'élimination de toute forme de discrimination perçue à divers moments de la relation du travail à l'instar d'autres législations étrangères tels que le droit français et le droit marocain[380]. La liberté de travailler doit être garantie à toute personne quelles que soient ses caractéristiques personnelles : le sexe, la race, la religion, les opinions politiques, l'appartenance syndicale etc. Le simple fait pour un Etat de ratifier un traité international ne suffit pas pour assurer l'effectivité d'un droit. La protection de la dignité nécessite beaucoup plus que les simples déclarations, le fut-elle par la constitution ou par une déclaration internationale était condamnée à passer dans les oubliettes[381].

D'autres comportements constitutifs d'atteintes graves à l'intégrité physique et morale du salarié n'apparaissent pas actuellement dans le code du travail. Bien que le harcèlement est une source indéniable de souffrance pour le salarié, aucune disposition spécifique tenant en compte la

---

[375] -Mzid N. Dignité et travail salarié. op. cit.p.547.
[376] - Mzid N. Dignité et travail salarié. op. cit. p. 547.
[377]- Article 388du code du travail : «
[378] -Lagasse François ,Palumbo Michel. Manuel de droit pénal social. 2ème édition. Larcier. Bruxelles. 2003. p. 11.
[379] - Mistretta Patrick. La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal. La semaine juridique. Edition générale, 2005, n°1-2.p. 20.
[380] - L'article 1131-1 du code du travail français et l'article 9du code du travail marocain.
[381] - Baccouche N. Dignité, Islam et justice. In Justice, éthique, et dignité. Actes du colloque organisé à Limoges les 19 et 20 novembre 2004.p. 97.

suppose une remise en question de la méthode de rédaction des textes répressifs du code du travail. « Un droit pénal civilisé doit donc être constitué par une série limitée de définitions verbales qui enferment l'action »[370]. Décrire précisément et clairement les incriminations est une nécessité qui pourrait être envisagée pour donner au principe de la légalité sa pleine vigueur. Cet objectif ne sera réellement atteint que si la règle sociale dont l'incrimination n'est que le soutient fera elle-même l'objet d'une clarification[371].

Ce premier facteur se couple d'un second qui est relatif à la faible intensité des peines. Toutes les infractions, érigées en contraventions, ne sont punissables que d'amendes. L'accent est mis essentiellement sur la modestie de la sanction qui ôte à la menace pénale toute crédibilité[372]. En effet, l'article 234 du code du travail prévoit une peine d'amende allant de 24 à 60 dinars alors que l'article 234 Bis du même code inflige une amende allant de 12 à 30 dinars. Il est permis de se poser la question de savoir si un tel montant dérisoire serait effectif pour empêcher un employeur d'embaucher un mineur dans des travaux nuisibles ou de protéger un salarié travaillant dans des conditions d'insécurité qui peuvent lui coûter sa vie ? Les peines sont faibles, tout autant qu'elles ne provoquent aucun effet dissuasif sur le délinquant d'où le risque de son inapplicabilité. Au regard des objectifs, il est justifié d'affirmer que la sanction de la violation d'un droit fondamental doit être à l'image du droit qu'elle protège c'est-à-dire revêtue d'une importance particulière. La sanction pénale doit refléter dans une juste mesure le comportement qui est condamné en attribuant à chaque fait une sanction en proportion de sa gravité. Il convient dans cette perspective d'insister sur sa fonction dissuasive afin qu'elle contribue à la protection des droits du salarié. Donner un nouvel élan à la répression pénale ne suppose pas de sanctionner trop mais plutôt de sanctionner mieux.

Si le législateur a choisi le recours à une sanction pénale ineffective pour la protection de certains droits du salarié, il a choisi pour d'autres droits de délaisser la voie pénale.

B- Une protection inachevée

L'approfondissement du rôle de la sanction pénale dans un meilleur respect de la dignité du salarié permet de réaffirmer l'importance de la règle sociale et des valeurs fondamentales qu'elle défend. Ceci pourrait susciter une interrogation sur le point de savoir pourquoi aucune vue d'ensemble n'a piloté un traitement respectif des droits du salarié dans le code du travail ? Ainsi on peut s'apercevoir, que tous les droits reconnus ne sont pas également mis à l'abri des atteintes. Autrement dit la répression pénale n'est pas aussi égalitaire que l'on pourrait le souhaiter.

Malgré les différentes modifications du code du travail notamment celle apportée par la loi du 3 janvier 2011, il résulte encore de ses dispositions une protection pénale sélective. Les exemples ne manquent pas pour illustrer une invocation variable de la sanction pénale. La question des droits collectifs apparaît particulièrement évocatrice d'une protection pénale imparfaite. En effet, les dispositions du code du travail relatives aux syndicats professionnels[373] affirment le droit des travailleurs de constituer librement des syndicats, ainsi que la liberté de l'action collective syndicale. En outre, parmi les garanties de respect de cette liberté fondamentale l'article 42 du code du travail exige que les conventions agrées: « doivent contenir des dispositions concernant la liberté syndicale et la liberté d'opinion, les conditions d'embauchage et de licenciement des travailleurs sans que les dispositions prévues puissent porter atteinte à la liberté syndicale ou à la liberté d'opinion ». La liberté syndicale, une liberté publique garantie par la constitution[374], exprime la dignité du salarié. « Elle vise à corriger l'inégalité qui domine le contrat de travail par l'institution d'un contre-pouvoir salarial

[370]-Soler S. La formulation actuelle du principe « Nullum Crimen ». Revue de science criminelle 1952.p. 15.
[371] - Kefer F. Précis du droit pénal social. Anthémis. Paris. 2008. p. 14.
[372] - Manuela Grévy. Réflexions autour de la sanction des droits fondamentaux en droit du travail. Droit ouvrier 2006.p.120.
[373] - Articles 241 à 257 du code du travail.
[374] - Article 36 de la constitution : « Le droit syndical, y compris le droit de grève, est garanti ».

Le travail est, par les ressources économiques qu'il procure, une source importante de libertés et de dignité. Mais il peut facilement réifier l'homme par l'exploitation qu'il permet s'il n'est pas suffisamment protégé.

II : Une protection explicitement fragilisée par le code du travail

Le législateur tunisien est interpellé, fortement, par la question qui avait été posée par Michel Vande Kerchové « les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ?[365] ». Il n'est sans doute pas inutile de rappeler, aujourd'hui, d'une telle question. Puisque dans le cadre du code du travail on peut mettre en évidence combien l'effectivité des normes pénales prêtait à discussion (A). On ne peut aussi passer sous silence le caractère sélectif de la protection pénale. A considérer les textes du code du travail construisant un arsenal pénal ayant pour fin la protection des droits du salarié, force est de concevoir que la construction est inachevée (B).

A- Une protection ineffective

Si le respect des droits des salariés est recherché par une protection pénale, il n'est pas assuré pour autant d'une protection effective[366].

Le premier facteur qui exprime l'ineffectivité de la voie pénale c'est sa contradiction manifeste avec le principe de la légalité. En effet dans les textes répressifs du code du travail, le législateur recourt à la technique d'incrimination par renvoi. La loi dispose que la violation d'une multitude de dispositions est punie, par une sanction unique, sans préciser les comportements incriminés. A cet égard on peut citer l'exemple de l'article 234 qui prévoit: « Est puni d'une amende de 24 à 60 dinars , quiconque a contrevenu aux articles 5 Bis, 8 , 9 , 21 , 27 à 29, 31 ,53 à 56 ,61 à 67,74 à 80 , 88 à 90 , 39 à 95 , 98 , 99 , 104 , 106 , 108 , 109 , 111 à 113 , 115 , 119 à 123, 127 à 129, 132 ,133, 139 à 144, 149 , 150 , 152-2 , 153 à 157, 159 à 166 et 193 du présent code ».A toutes ces dispositions , l'article 235 du code du travail ajoute: « Sont punies des mêmes peines prévues à l'article 234 du présent code, les infractions aux décrets et aux arrêtés pris en application des articles précédents du présent code »[367]. Certes ce caractère de disposition « Balai »[368] présente un avantage de simplicité pour le législateur puisqu'il se débarrasse du travail de la définition des éléments constitutifs des infractions. Toutefois ce procédé d'incrimination est critiqué dans la mesure où il est contraire au principe, constitutionnel, de la légalité d'incrimination[369]. L'exigence de clarté et de précision qui découle de ce principe se trouve manifestement affaiblie par le code du travail. Une rédaction déficiente des normes pénales est une cause majeure de son ineffectivité et par voie de conséquence une source d'insécurité juridique.

Ce choix ayant été opéré par la loi, mais toute logique d'incrimination emporte des conséquences quant à l'étendue des droits dont les salariés peuvent se prévaloir. Le souci de respecter ces droits

---

d'un salaire inférieur au minimum légal mais c'est en vertu d'un renvoi fait par l'article 3 de la loi n°66-27 du 30 avril 1966 portant promulgation du code du travail.

[365] - Kerchové Michel. Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques. In journal des tribunaux 1985.p.329.

[366] - Le doyen Jean Carbonnier décrit dans son article précurseur « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit » l'effectivité comme « l'application effective » d'une norme juridique. La norme est dite appliquée lorsque ses destinataires la respectent et accomplissent l'obligation à laquelle la règle les soumet. L'année sociologique. 1958. p. 3 ; voir aussi son ouvrage Flexible droit, pour une sociologie d'un droit sans rigueur. 9ème édition. L.G.D.J.Paris.1998.p.133.

[367] - Cette technique d'incrimination par renvoi s'aggrave par le procédé de pénalité par référence. C'est ainsi que l'article 94-14 ,tel que ajouté par la loi n°62 du 15 juillet 1996, dispose: « Les infractions aux dispositions des articles 94-4,94-5,94-6 ,94-7,94-8,94-9,94-9,94-10,94-11,94-12 et 94-13 du présent code sont passibles des sanctions prévues aux articles 234,235,236 et 237 du même code ».

[368] - Cerf Agnès. Faut-il abroger l'article L-263-2 du code du travail ? Archives de politique criminelle 1997, n°19. p.19 ; voir aussi Delmas-Marty M. Les grands systèmes de politique criminelle. P.U.F. Paris. 1994. p. 17.

[369]- Kéfer Fabienne. Un jour peut être un code pénal social…In Droit pénal social, Actualités et prospectives. Actes du colloque du 1er juin 2007 .Anthémis. p.18.

Mais, s'il s'agit d'un salarié mineur la durée du travail sera plus limitée[356]. Toujours dans le souci de renforcer la protection des personnes vulnérables, le législateur interdit et réprime le travail de nuit des femmes ou des enfants[357]. La sanction pénale est également infligée à l'employeur qui transgresse les dispositions légales consacrées aux différentes périodes de repos (hebdomadaire, quotidien, compensatoire, les jours fériés, et les congés)[358]. Tout salarié a droit à une période de repos proportionnelle au temps de travail accompli dans l'entreprise. Ce droit est solennellement affirmé par la déclaration universelle des droits de l'homme: « Toute personne a droit aux loisirs et notamment à une limitation raisonnable de la durée du travail et à des congés payés périodiques »[359] . Seul un repos d'une durée suffisante peut assurer au salarié une halte dans sa vie professionnelle qui lui permettre de consacrer à sa vie personnelle le minimum de temps indispensable. En effet Le repos, droit fondamental de l'homme, n'ayant pas seulement pour fonction de protéger sa santé mais aussi d'assurer son développement[360].

Toutefois et comme l'affirme le professeur Alain Supiot « Reconnaître la position centrale du corps humain dans la relation de travail ne conduit pas seulement à poser le problème des risques encourus dans l'exécution du travail, mais aussi celui de la subsistance du travailleur. Il ne suffit pas de faire en sorte que le travailleur sorte indemne de la relation de travail, il faut aussi qu'il trouve les moyens de perpétuer sa force de travail, c'est-à-dire de vivre et de faire vivre les siens. L'idée de sécurité économique par le travail prolonge ainsi naturellement celle de sécurité physique dans le travail »[361]. Pour vivre dignement de son travail, un droit substantiel à une rémunération minimum doit être garanti au salarié. Le salaire minimum renvoie à une certaine conception de la dignité humaine et de la valeur sociale accordée par le travail[362]. Un salarié doit vivre suffisamment bien par son travail pour s'écarter d'une vie dégradante. Cette nécessité a été concrétisée à travers le mécanisme de fixation des salaires. Dans ce sens le code du travail tout en consacrant un droit au salaire minimum[363], a prévu dans l'article 234 des infractions aux dispositions garantissant le paiement des salaires[364].

---

[356] - Pour les activités non agricoles et non industrielles l'article 56 du code du travail dispose: « Aucun enfant âgé de moins de 16 ans ne peut être occupé à des travaux légers pendant plus de deux heures par jour, aussi bien les jours de classe que les jours de vacances ni consacrer à l'école et aux travaux légers plus de sept heures par jour au total ».

[357] -Pour les activités non agricoles l'article 65 du code du travail prévoit: « Les enfants de moins de quatorze ans ne doivent être employés la nuit pendant une période d'au moins de quatorze heures consécutives qui doit comprendre l'intervalle s'étendant entre huit heures du soir et huit heures du matin. ».

- Article 66 du code du travail prévoit: « Les enfants de plus de quatorze ans et de moins de 18 ans et les femmes ne doivent pas être employés la nuit pendant une période d'au moins de douze heures consécutives qui doit comprendre l'intervalle entre 10 heures du soir et 6 heures du matin ».

[358] - Ex : article 95 du code du travail: « Les entreprises non agricoles ou leurs dépendances de quelle que nature qu'elles soient, sont tenues de donner à leur personnel, sous réserve des dérogations prévues aux articles ci- après, un repos hebdomadaire de vingt-quatre heures consécutives.

Ce repos est donné le vendredi, le samedi ou le dimanche. Il peut être donné un autre jour de la semaine sur accord des deux parties dans l'entreprise ou par autorisation du gouverneur de la région lorsque la nécessité du travail l'exige.

Chaque établissement fait reconnaitre le jour qu'il choisit à l'inspection du travail territorialement compétente ».

- Article 112 du code du travail: « Tout salarié a droit, chaque année, à un congé payé à la charge de l'employeur dans les conditions fixées ci- après ».

[359] - Article 24 de la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

[360] - Waquet Philippe. Le temps de repos. Droit social, 2000, n°3. P.289.

[361] - Supiot A. Critique de droit du travail .P.U.F. Paris. 1994. p. 72.

[362] - Article 23 de la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948: « Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité »

[363] - Article 134 du code du travail.

[364] - A titre d'exemple l'article 234 du code du travail sanctionne d'une amende de 24 à 60 dinars la violation de l'article 139 du même code qui dispose: « La rémunération des travailleurs de toutes catégories doit être payée en monnaie ayant cours légal en Tunisie sauf dispositions légales ou règlementaires contraires. Cependant, des avantages en nature peuvent être servis conformément aux dispositions règlementaires ou conventionnelles. Ces avantages ne peuvent en aucun cas être déduits des salaires minimums payés en espèces ». Toutefois il faut remarquer que l'article 234 est aussi appliqué en cas de payement

code du travail, tel que modifié par la loi du 3 janvier 2011[345], sanctionne la violation de l'article 152-2 d'une peine d'amende.

Cette prise en compte de l'état de santé du salarié se décline aussi par l'engagement de la responsabilité pénale de l'employeur consécutive à un manquement aux dispositions relatives à la médecine du travail. C'est ainsi que le défaut de création d'un service autonome de médecine de travail ou d'adhésion à un groupement de médecine du travail est passible de l'amende prévue par l'article 234 du code du travail[346]. Ces services de médecine sont chargés essentiellement de l'examen et du suivi de la santé des travailleurs et de leurs aptitudes physiques à effectuer leur travail, ainsi que de la protection de leur santé contre les risques résultant de leurs activités[347]. Cette protection est renforcée lorsqu'il s'agit d'un salarié mineur[348]. En effet, l'enfant moins de 18 ans doit être soumis à un examen approfondi justifiant son aptitude d'effectuer le travail dont il sera chargé[349]. L'enfant ne peut être maintenu dans son emploi que moyennant renouvellement de l'examen médical au cours de chaque semestre jusqu'à l'âge de 18 ans et même à l'âge de 21 ans pour les travaux qui représentent un risque pour sa santé[350].La considération de la santé du salarié mineur explique assurément pourquoi le législateur a incriminé le non-respect des précautions médicales instaurées à son profit[351]. Dans la mesure où l'employeur prime les objectifs économiques de l'entreprise, et où la santé n'est pas une priorité « le droit pénal est, ou devrait être, le bras armé des valeurs essentielles »[352] .

Cependant, le risque d'accident du travail ou de maladie professionnelle ne constitue pas le seul danger qui menace la santé du salarié. Le travail peut s'il est trop prolongé avoir un effet dissolvant. Si la loi n'impose pas au sein de la vie du travail un temps de repos, le salarié écrasé par sa tâche n'est plus qu'un simple instrument de production au service de l'économie. Pour protéger la santé du salarié le code du travail a borné l'étendue temporelle de sa subordination en limitant la durée du travail et en lui accordant un droit au repos. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut citer quelques exemples des restrictions imposées à l'employeur qui donnent lieu à sanction pénale[353]. Les sanctions visent notamment à assurer le respect du temps pendant lequel le travail est effectué tel que fixé dans le code du travail. La durée du travail est une composante déterminante des conditions du travail pouvant altérer la santé[354]. La rentabilité financière peut être recherchée par un travail pénible humiliant le salarié avec les cadences qu'il impose et les souffrances qu'il permet. Dans le but d'empêcher l'employeur d'abuser de ses pouvoirs, le législateur a interdit l'exploitation de l'activité laborieuse sans cesse. C'est ainsi que, par exemple, la durée du travail effectif, dans les activités non agricoles, « ne peut excéder 48 heures par semaine ou une limitation équivalente établie sur une période de temps autre que la semaine sans que la durée de cette période ne puisse être supérieure à une année »[355] .

---

[345] - Loi n°4 du 3 janvier 2011 complétant les dispositions de l'article 234 du code du travail. J.O.R.T. n° 2 du 7janvier 2011.

[346] - L'article 153 Du code du travail prévoit: « Dans toute entreprise employant 500 travailleurs au moins, l'employeur est tenu de créer et d'équiper un service de médecine du travail propre à cette entreprise. Les entreprises employant moins de 500 travailleurs sont tenues soit d'adhérer à un groupement de médecine du travail soit de créer un service autonome de médecine du travail.

Certaines activités ou entreprises peuvent, compte tenu de la nature des risques professionnels, être dispensées de l'obligation de créer un service autonome ou d'adhérer à un groupement de médecine de travail et ce par un décret pris après consultation des organisations professionnelles concernées ».

[347] - Article 153-2 du code du travail.

[348] - Voir Mzid N. La protection de l'enfant en droit du travail tunisien. Etudes juridiques 1995-1996, n°4.p. 65.

[349] - Article 61 du code du travail.

[350] - Article 61 et 62 du code du travail.

[351] - Article 234 du code du travail.

[352] - Cesaro Jean-François.op.cit.p.729.

[353] - La même peine est appliquée pour ces différentes restrictions à savoir une amende allant de 24à 60 dinars selon l'article 234 du code du travail.

[354]- Voir dans ce sens Maggi-Germain N. Travail et santé : le point de vue d'une juriste. Droit social 2002.p. 486.

[355] - Article 79 du code du travail.

B- Des incriminations relatives aux conditions du travail

Si la dignité est menacée par l'absence du travail, elle l'est tout autant par des conditions de travail humainement dégradantes faisant du salarié un moyen et non une fin en soi. La relation du travail est un domaine qui fournit de multiples occasions d'attenter à la dignité du salarié à différentes étapes de la relation du travail. En effet, la subordination qui caractérise le contrat du travail expose le salarié à des dangers de nature diverse. L'obligation d'obéir aux ordres patronaux qui est aggravée par une infériorité économique contraint le salarié à travailler dans les conditions imposées par son employeur. Face à cette supériorité juridique et économique de l'employeur, la sanction pénale demeure la meilleure garantie de l'effectivité des mesures de protection prises par le législateur au profit de la personne du salarié. En effet, cette supériorité n'est pas sans limite notamment parce qu'elle est liée au fait que celui qui exécute le travail est une personne et non un simple outil de production. La limitation du pouvoir de l'employeur est effectuée par certaines dispositions dans le code du travail visant la sauvegarde des droits du salarié. Le non-respect de ces droits est sanctionné pénalement. Ce dispositif dont le but est de protéger des « intérêts supérieurs intangibles » présente un caractère d'ordre public qui met en exergue son importance[338]. Il convient de souligner que dans l'application de ce dispositif aucune discrimination ne doit être faite entre les hommes et les femmes. Rappelons ainsi que l'article 5 Bis du code du travail formulé d'une manière générale interdit une telle discrimination au cours de l'exécution du travail. Garantir une égalité dans la jouissance des droits, c'est mettre en valeur le respect de la qualité de l'homme et promouvoir l'intérêt de la personne du salarié.

L'intérêt qu'il est porté à la personne du salarié s'illustre particulièrement dans la protection de son intégrité physique. « L'intégrité physique de toute personne, et notamment les travailleurs sur qui repose la force productive de la nation, constitue une valeur de première importance »[339]. L'objectif de sécurité du salarié que s'assigne le code du travail s'inscrit dans cette perspective. A cet égard, il convient de préciser que l'impératif de sécurité, qui est la forme essentielle d'un droit plus large à la santé[340], a connu une émergence progressive dans le code du travail. D'abord, il a fallu attendre la loi du 15 juillet 1996[341] pour que soient considérablement modifiées les dispositions relatives à la santé et sécurité des travailleurs. En ajoutant l'article 152-2 Sous le titre « Hygiène et sécurité des travailleurs »[342] le législateur impose une obligation générale de sécurité à la charge de l'employeur. En vertu de cette obligation « tout employeur est tenu de prendre les mesures nécessaires et appropriées pour la protection des travailleurs et la prévention des risques professionnels », tout en respectant une liste non exhaustive des mesures préventives indiquées dans l'article 152-2[343]. Ensuite, c'est en 2011 que le législateur a été convaincu que la sanction pénale est la « réponse privilégiée »[344] à tout manquement qui expose la santé ou la sécurité des salariés au danger. En effet, l'article 234 du

---

[338] - Seillan H. Sécurité du travail et ordre public. Droit social 1989. p. 369 ; Bonnechère M. L'ordre public en droit du travail ou la légitime résistance en droit du travail à la flexibilité. Droit ouvrier 1988, p. 171.

[339] - Levasseur G. Un problème de politique criminelle de la santé et de la sécurité des travailleurs. In aspects contemporaines du droit des affaires et de l'entreprise: Etudes à la mémoire du doyen P. Azard. Cujas. 1980. P. 167.Voir aussi Martinez I. L'intégrité physique du salarié dans la relation du travail. Thèse. Université Montesquieu-Bordeaux 4. 2001. p. 6 et suiv.

[340] - Césaro J-F. Les sanctions pénales de l'insécurité. Droit social ,2007. P.729 ; Petit F. La pénibilité au travail, un nouveau risque professionnel ? Droit social 2011, p. 262.

[341] - Loi n°96-62 du 15 juillet 1996 portant modification de certaines dispositions du code du travail. J.O.R.T. n° 59 du 23 juillet 1996.

[342] - Titre 3 du livre 2 relatif à l'exécution du travail.

[343] - L'article 152-2 du code de travail dispose: « Tout employeur est tenu de prendre les mesures nécessaires et appropriées pour la protection des travailleurs et la prévention des risques professionnels. Il doit notamment :
- Veiller à la protection de la santé des travailleurs sur les lieux du travail
- Garantir des conditions et un milieu de travail adéquats
- Protéger les travailleurs des risques inhérents aux machines, au matériel et aux produits utilisés
- Fournir les moyens de prévention collective et individuelle adéquats et initier les travailleurs à leur utilisation
- Informer et sensibiliser les travailleurs des risques de profession qu'ils exercent ».

[344] - Cesaro J- F. Les sanctions pénales de l'insécurité. Op. cit. p. 729.

défavorisées contre l'asservissement et l'exploitation économique. L'objectivité de tels critères permettrait de justifier l'instauration d'un traitement différent en présence d'une situation différente. Certains auteurs parlent d'une « action positive » ou même d'une « discrimination positive »[330] dans la mesure où elle donne aux bénéficiaires des avantages préférentiels en raison de leur situation particulière. Il s'agit d'un outil juridique de lutte contre les inégalités sociales et, en tant que tel, contribuerait à assurer l'égalité réelle entre les salariés[331]. C'est ainsi que le droit du travail retrouve plus que jamais sa fonction correctrice[332]. Pour cette raison, le législateur interdit l'embauchage des femmes dans des travaux nuisibles, et il a pris en considération la dimension pénale des violations de cette interdiction. L'employeur qui embauche des femmes dans ces travaux engage sa responsabilité pénale en vertu de l'article 234 du code du travail.

Dans le même ordre d'idée, le législateur, inspiré des normes internationales[333], a aménagé des différences de traitement au profit des enfants. C'est une catégorie de personnes ciblée par une protection particulière en raison de leur âge. Si le travail est une forme d'épanouissement de l'être humain, le travail de l'enfant est une atteinte à ses droits. Il le prive de toute chance de se développer en tant qu'une personne libre. « S'il fallait résumer d'un mot le message des enfants travailleurs, d'un mot choisi et répété sans cesse par les enfants eux-mêmes, ça serait celui de dignité »[334]. Le code du travail interdit l'accès des enfants à l'emploi avant un âge minimum qui varie en fonction des secteurs d'activité[335]. Embaucher un mineur sans avoir l'âge minimum constitue une infraction pénale qui expose l'employeur à une peine d'amende telle que prévue par l'article 234 du code du travail. Il encourt la même peine en cas de violation des dispositions spéciales du code du travail qui autorisent l'emploi des enfants avant l'âge légal à condition que le travail n'ait aucun effet négatif sur leur développement physique et mental, leur santé et leur scolarité[336]. Pour protéger l'enfant contre le risque de son exploitation, le législateur interdit l'accès des enfants moins de 18 ans aux travaux qui, par leur nature ou les conditions dans lesquelles ils sont exercés, sont dangereux pour la vie, la santé, et la moralité des personnes qui y sont affectées[337].

La dignité implique alors d'accorder une attention particulière à la vulnérabilité de la personne du salarié comme une réponse aux déséquilibres sociaux aussi bien dans l'accès à l'emploi que dans le travail.

---

[330]- Berthou V.K. Sur les discriminations positives. Droit social 2000.p.901 ; Mourey L. op. cit. p. 91.

[331]- Jeammaud A .Du principe d'égalité de traitement des salariés. Droit social 2004. p. 698.

[332] - Attal-Gali.Y. L'égalité et la loi en droit du travail. Droit social 1990.p. 69.

[333] - L'intérêt particulier qu'accorde la communauté internationale à la protection de l'enfant contre l'exploitation économique s'illustre dans plusieurs textes internationaux , essentiellement dans la convention des nations unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ratifiée par la Tunisie en 1991 (Loi n° 91-92 du 29 novembre 1991) et dans des conventions de l'O.I.T. telle que la convention n° 138 relative à l'âge minimum d'accès à l'emploi ratifiée par la Tunisie en 1995 (Loi n° 95-62 du 10 juillet 1995).

[334] - Bonnet M. Que penser du travail des enfants ? Revue de culture contemporaine. 2001, n° 4.p. 24.

[335] - Article 53 du code du travail : « Les enfants de moins de 16 ans ne peuvent être employés dans toutes les activités régies par le présent code sous réserve des dispositions spéciales prévues par le code ».

[336] - On peut citer à titre d'exemple l'article 54 du code du travail : « L'emploi des enfants de moins de 16 ans est autorisé dans les établissements où sont seuls occupés les membres de la famille sous l'autorité du père, de la mère ou du tuteur à condition que l'emploi de ces enfants n'ait aucun effet négatif sur leur santé, leur développement physique et mental et leur scolarité. Les dispositions du paragraphe précédent ne s'appliquent pas aux travaux visés à l'article 58 du présent code et qui, par leur nature ou les conditions dans lesquelles ils sont exercés, sont dangereux pour la vie, la santé et la moralité des personnes qui y sont affectées ».

[337] - Article 58 du code du travail: « Ne peut être inférieur à dix-huit ans l'âge minimum d'admission dans n'importe quel type de travail , de par sa nature ou les circonstances dans lesquelles il est exécuté , d'exposer la santé, la sécurité ou la moralité des enfants au danger » ; Article 77 du même code : « Les femmes quel que soit leur âge et les enfants moins de dix- huit ans ne peuvent être employés à des travaux souterrains dans les mines et carrières » ; Aussi l'article 78 prévoit que: « Il est interdit d'employer ou de laisser employer les enfants moins de dix- huit ans et les femmes dans les établissements , parties d'établissements et chantiers où s'effectuent la récupération , la transformation ou l'entreposage des vieux métaux ».

protection se situe à un double niveau : celui de l'accès au travail (A) et celui des conditions de travail (B).

A- Des incriminations relatives à l'accès au travail

L'accès au travail n'est pas seulement une nécessité individuelle ou collective, il confirme la profonde identité sociale de la personne[322]. « Avoir un travail ne se résume évidemment pas à la somme d'argent figurant au bas de la fiche de paie, le travail est aussi source d'autonomie il permet de se situer dans la société ».[323] L'accès au travail signifie la possibilité ou la faculté pour toute personne de participer aux activités économiques dans des conditions de liberté et d'égalité[324]

Le code du travail ne contient aucune disposition générale garantissant au salarié l'accès à un travail librement choisi sur la base d'une égalité de chances, en interdisant ainsi les formes de travail forcé et les pratiques discriminatoires. Cependant, le danger d'atteinte au principe d'égalité au travail n'était pas ignoré totalement. En 1993, le législateur tunisien a pris conscience de la nécessité de pénaliser les discriminations sexistes et il a introduit dans le code du travail la notion de discrimination sexuelle. Ainsi, l'article 234 du code du travail réprime la discrimination fondée sur le sexe. En effet, les pouvoirs de l'employeur à l'embauche sont limités, en vertu de l'article 5 bis du même code[325], par la prohibition de toute discrimination entre l'homme et la femme. Le fait d'opérer des distinctions entre les travailleurs fondées sur des motifs illégitimes constitue une discrimination[326]. « La discrimination ressort évidemment de l'atteinte à la dignité de la personne puisqu'elle nie l'égalité de droit qui doit être reconnue à chacun quelles que soient ses caractéristiques individuelles [327]». Toute personne ne peut voir ses droits, ses chances diminués en raison de son sexe. La décision de l'employeur doit être fondée sur des critères objectifs liés à la compétence professionnelle, et la méconnaissance de cette interdiction est sanctionnée d'une amende allant de 24 à 60 dinars. La peine est applicable autant de fois qu'il y a de travailleurs en violation du principe d'égalité entre les hommes et les femmes, sans toutefois que le total des amendes puisse excéder cinq mille dinars[328]. En cas de récidive, la peine est portée au double[329].

Toutefois, l'adoption de règles interdisant aux femmes leur accès à certaines activités dangereuses ne doit pas être considérée comme une discrimination. Ces différences de traitement fondées sur de légitimes critères objectifs et pertinents par rapport à l'avantage en cause ne constituent pas des infractions pénales. Elles sont justifiées par un souci de protection des personnes naturellement

---

[322] - Mzid N. Dignité et travail salarié. Mélanges en l'honneur du doyen Yadh Ben Achour. Centre de publication universitaire .Tunisie.2008.p.542 ; Ray J-E. Droit du travail, Droit vivant.17ème édition. Editions Liaisons. France. 2008. p.7.

[323] - Ray J-E .Droit du travail, Droit vivant. Op.cit. p.7.

[324] - Article 23 de la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 : « Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail à des conditions équitables et satisfaisantes et à la protection contre le chômage » ; L'article 40 de La constitution tunisienne affirme que: « Le travail est un droit pour chaque citoyen et citoyenne. L'Etat prend les mesures nécessaires à sa garantie sur la base de la compétence et de l'équité ». Dans le même ordre d'idée la Tunisie a ratifié, par la loi n° 59-94 du 20 aout 1959, la convention internationale du travail n° 111 concernant la non- discrimination en matière d'emploi qui définit , dans son article 1er , la discrimination comme: « Toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race , la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession ».

[325] - Article 5Bis du code du travail ajouté par la loi n°66 du 5juillet 1993 portant modification du code du travail concernant la non- discrimination entre les deux sexes. J.O.R.T. n° 50 du 6juillet 1993. Cet article prévoit: « Il ne peut être fait de discrimination entre l'homme et la femme dans l'application des dispositions du présent code et des textes pris pour son application».

[326]-Mourey L. Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations. Thèse. Université de Strasbourg. 2012. p. 20. Voir aussiLochak D. Réflexions sur la notion de discrimination. Droit social 1987. P. 778.

[327] - DeTissot O. Pour une analyse juridique du concept de « dignité » du salarié .op. cit. p. 974.

[328]-Article 236 du code du travail.

[329]- Article 237 du code du travail: « Est considérée récidive, au sens du présent code, lorsqu'une infraction identique à la première a été commise au cours de l'année suivant la date du prononcé du jugement définitif ».

sauvegarde d'un certain nombre de droits et de libertés du salarié face au pouvoir de l'employeur. En effet, dans la mesure où le respect de la dignité a pour fonction d'abriter la personne des atteintes à son intégrité physique et morale, toute règle contribuant à atteindre cet objectif participe indirectement à la protection de la dignité.

Toutefois l'affirmation d'un droit « même au plan constitutionnel demeure à soi seule sans effet sur les conduites individuelles si elle n'est pas assortie de sanctions répressives »[317]. La présence de la norme pénale, l'adjuvant des règles du droit du travail,[318] est ici extrêmement symbolique en ce qu'elle marque la valeur qui est attachée au respect de la personne. En effet, la protection pénale porte en elle le révélateur de la règle qu'elle soutient. Pour cette raison, la protection pénale de la dignité du salarié constitue un terrain privilégié d'une réflexion fécondée par une actualité sans cesse renouvelée. Cette affirmation est fondée sur un double constat. D'abord, la relation du travail, toujours une relation hiérarchisée, est de plus en plus soumise à l'économie qui par ses exigences en croissance incessante, réifie l'homme. « La règle pénale apparaît alors comme un frein aux abus pouvant naître d'une telle situation »[319]. Ensuite, les obligations imposées à l'employeur visant la protection des droits et libertés du salarié se sont multipliées. Là encore le recours à la sanction pénale s'impose en tant qu'une nécessité afin d'assurer le respect d'une « règlementation vécue par certains employeurs comme une gêne parfois considérable »[320]. A cet égard, le code du travail prévoit certaines infractions dans le but de renforcer l'effectivité de ses dispositions relatives aux droits du salarié. Le recours à la voie pénale répond, en effet, à une exigence de nécessité. Cette exigence est le résultat d'une prise de conscience du législateur de la vulnérabilité du salarié face au développement de comportements tendant à la négation de la primauté de l'homme au profit des règles du marché et de la productivité.

Mais le code du travail prévoit- il des dispositions suffisantes pour permettre de préserver la dignité du salarié ? Quel regard porter aujourd'hui sur le code du travail, qui fera son 50ème anniversaire, vis-à-vis de la personne du salarié ? Un regard à la fois positif et trop inquiet.

Dans le code du travail on peut dégager une certaine incohérence. D'une part, le législateur fait recours aux sanctions pénales afin de sauvegarder certains droits du salarié, ce qui implique une protection implicite de sa dignité (Première partie). Il confirme ainsi l'idée que la promotion d'une valeur sociale n'a de sens et d'utilité que si sa transcription crée l'évolution du droit vers l'incrimination et la sanction de nombreuses formes d'atteintes portées à cette valeur. D'autre part, cette protection n'est qu'une protection fragile (Deuxième partie). Il infirme ainsi l'idée qu'il ne suffit pas que les incriminations soient prévues par la loi, elles doivent en outre être pertinentes au regard de ce qui les justifie socialement[321].

I - Une protection implicitement opérée dans le code du travail

Le code du travail marque l'inscription de la nécessité d'assortir de sanctions pénales les violations de certains droits et libertés du salarié. C'est à travers la sauvegarde de ces droits que se dissimule une protection indirecte de la dignité du salarié. Le recours à la répression pénale, à l'appui du respect des obligations et des interdictions, implique une volonté législative de promouvoir les droits du salarié face aux empiètements de l'employeur. A consulter les textes répressifs du code du travail, il apparaît que cette

[317] -Koering –Joulin R. Le droit pénal français et la lutte contre les atteintes discriminatoires. R.I.D. pénal, 1986, n°1-2.p.17.
[318] - Cesaro J-F. La norme pénale, l'entreprise et le droit du travail. Droit social 2005. p.140 ;Coeuret A., Fortis Elisabeth. La place du droit pénal dans le droit du travail. Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2000. p. 26.
[319] - Lapérou-Scheneider. La responsabilité pénale de l'employeur personne physique et la présomption de faute. Droit social 2012. p. 273.
[320] - Coeuret A. ; Fortis E. Droit pénal du travail. 2ème édition. Editions Litec. Paris. 2000. p. 2.
[321] - Mayaud Y. Droit pénal général. 3ème édition. P. U. F. Paris. 2010. p.21.

La protection pénale de la dignité du salarié

dans le code du travail ?

ABID Zinet

Maître assistante à l'école supérieure de commerce de Sfax

« L'humanité n'est pas un état à subir c'est une dignité à conquérir »

Henri Bergson

La dignité du salarié est une notion vivante du droit du travail. Elle s'apparente à un concept destiné à assurer l'arbitrage des intérêts divergents ou à « mieux équilibrer les pouvoirs de l'employeur avec les droits du salarié »[310]. Concept fondamental en droit international[311] comme dans de nombreux droits nationaux[312], la dignité se réfère à la qualité de l'homme en tant qu'une valeur à respecter sans aucune autre condition que d'être homme. Il devra toujours être envisagé comme une fin et non jamais comme un moyen[313]. Elle s'oppose à tout ce qui peut dégrader la personne humaine et l'humilier. Dans cette perspective la dignité induit un devoir de respect de chacun envers les autres. Le respect vise à protéger les intérêts multiples et interdépendants de la personne allant de son intégrité corporelle à son intégrité morale. Certains auteurs n'hésitent pas à considérer la dignité comme étant « un principe matriciel » qui constitue le fondement des droits de l'homme[314]. De ce point de vue, la dignité de la personne humaine a un espace d'application privilégié dans le cadre de la relation du travail[315]. Mais, on n'envisage ici que le travail salarié caractérisé par la subordination juridique et économique du salarié à l'égard de son employeur. C'est l'existence de ce déséquilibre qui rend le risque d'atteinte à la personne particulièrement aigu.

En droit tunisien, cette notion, de valeur constitutionnelle[316], n'est pas consacrée comme telle dans le code du travail, il ne fait nulle part allusion à la dignité du salarié. Cependant ce silence qu'il soit synonyme de désintérêt ou d'une crainte d'utiliser un concept vague à contours flous, n'implique pas l'effacement d'une telle notion. Etait-ce l'effet du hasard ou d'un choix législatif, la dignité se trouve implicitement opérée par des dispositions variées dans le code du travail. Elle a sa traduction dans la

---

[310] - De Tisso O. Pour une analyse juridique du concept de « dignité » du salarié. Droit social 1995. P. 972.

[311] -Le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme affirme que: « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde… ».

[312] - A titre d'exemple l'article 6 du code du travail algérien : « Dans le cadre de la relation du travail, les travailleurs ont également le droit(…) au respect de leur intégrité physique et morale et de leur dignité » ; Le préambule du code du travail marocain: « Letravail ne constitue pas une marchandise et le travailleur n'est pas un outil de production. Il n'est permis, en aucun cas, d'exercer le travail dans des conditions portant atteinte à la dignité du travailleur ».

[313]- klein Z. La notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal. J.Vrin. Coll. Bibliothèque d'histoire de la philosophie. Paris. 1968. p.24.

[314] - Mathieu B. La dignité de la personne humaine: du bon (et du mauvais) usage en droit positif français d'un principe universel. In le droit, la médecine et de l'être humain. P.U.A.M. 1996. p. 230 ; La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire. Dalloz 1996. p. 285.Voir aussi Girard Charlotte. La dignité de la personne humaine, Recherche sur un processus de juridicisation .P.U.F.2005. p. 18 ; Saint-James. Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français .Dalloz 1997.p. 61 ; Seuvic J-F. Variations sur l'humain,comme valeurs pénalement protégées. Mélanges Christian Bolze. Economica. Paris. 1999. p. 359.

[315] - Asquinazi-Bailleux D. Droit à l'emploi et dignité. In Ethique, droit et dignité de la personne. Mélanges Christian Bolse. Economica. Paris. p. 323.

[316] - L'article 23 de la constitution promulguée le 26 janvier 2014 dispose que: « L'Etat protège la dignité de l'être humain… ». Rappelons aussi que selon l'article 5 de la constitution abrogée de 1959 tel que modifiée par la loi du 1er juin 2002 « La république tunisienne… œuvre pour la dignité de l'homme ».

régime juridique pour le faire évoluer dans des directions biens ciblées en s'efforçant d'en combler les lacunes et les faiblesses. Il serait nécessaire d'engager une réflexion de fond sur une réforme en profondeur où l'on doit garder deux fers aux feux : renforcer la protection des salariés et reconnaître, en même temps, le droit légitime des entreprises à pouvoir résister aux secousses bouleversantes des mutations économiques. Il faut que tous les efforts se déploient pour arrêter l'hémorragie des licenciements économiques et la recrudescence des méfaits liés à ce phénomène. Il faudra éviter un progrès économique dans un désert social. Le droit du travail ne doit pas accroître alternativement la flexibilité pour les entreprises ou la protection pour les salariés, mais évoluer afin qu'elles se renforcent « mutuellement ».

apparaît, dès lors, de moindre efficacité. Il en résulte que le licenciement « même le plus irrégulier et le plus injuste est toujours réparable (…), ce qui risque d'inciter le patronat à une désinvolture choquante »[307].

La gravité du dommage causé par la perte de l'emploi exige que l'on passe d'une réparation judicaire passive à une réparation active donnant la priorité à la réinsertion dans l'emploi. Un tel dommage postule une « protection majeure » en réintégrant le salarié dans son emploi[308]. L'attitude réticente du législateur quant à la reconnaissance de la réintégration est d'autant plus étonnante face à un licenciement économique touchant un représentant du personnel. On aurait attendu une amélioration sur cette question avec la réforme de 2007. Mais, législateur n'a pas voulu consacrer la nullité du licenciement comme sanction de la violation du statut protecteur des représentants du personnel. Pourtant, un tel licenciement ne cause pas seulement un préjudice au salarié licencié en le privant abusivement de son emploi, mais porte également atteinte à une liberté fondamentale en ce sens qu'il prive la collectivité des travailleurs d'être représentée par le délégué qu'elle a choisi comme porte-parole auprès du chef d'entreprise.

Le licenciement économique, du fait qu'il cause au salarié les conséquences les plus catastrophiques, devrait être rigoureusement sanctionné en cas d'abus de la part de l'employeur. La prise de conscience de cette évidence nécessite d'être concrétisée en pratique à travers des sanctions à la hauteur des intérêts en jeu.

L'encadrement du licenciement économique dans les dispositions du code du travail formant l'armature d'un régime juridique spécifique, tendant à éviter les licenciements économiques ou du moins à en limiter le nombre, n'a pas empêché le constat de plusieurs points d'ombre à travers la détection de failles et de faiblesses dans ce régime marqué par un sceau d'inefficacité.

« Une loi peut être remarquable par son style, sa construction, sa vertu symbolique, par le consensus dont elle procède, ou au contraire par le courage politique dont elle témoigne. Il est des lois qui sont grandes par leur fidélité à la société dont elle reflète l'image, et d'autres qui le sont, au contraire, par leur audace, par leur capacité à dessiner les traits d'un monde différent »[309]. Après 50 ans de promulgation, le code du travail semble n'avoir pas encore atteint une maturité suffisante relativement à la question de licenciement économique. Il enregistre des écarts remarquables par rapport à d'autres législations en termes de degré de protection des salariés face à ce fléau. Certes, les intérêts de l'entreprise méritent d'être protégés. Toutefois, faut-il sacrifier les salariés pour que l'entreprise survive ? L'emploi ne peut être traité comme ayant une facture classique. Il est la base de la dignité du salarié, et en tant que tel, il mérite une protection adéquate.

Le balancement perpétuel entre efficacité économique et protection du salarié est de nature à donner le mal de mer au juriste. C'est précisément, sur cette question, que le droit du travail devrait manifester au plus haut point le sens d'un compromis, d'un équilibre.

Une refonte constructive serait plus que souhaitable. La rénovation devrait atteindre des pans entiers dans ce régime. On ne revendique pas un droit de protection à outrance ou à sens unique car la meilleure protection des salariés passe inévitablement par la protection de l'entreprise, pourvoyeur d'emplois. Le législateur devrait faire en sorte que les inévitables licenciements économiques s'effectueront dans un cadre légal plus sécurisant pour les salariés. Le législateur devrait retoucher ce

---

[307] J.Audinet, « Le licenciement du salarié en droit comparé », Rev. Inter de droit comparé, vol 18, n°2, 1966, p. 387.

[308] H.Sinay, « La réintégration, protection majeure contre le licenciement des salariés », in Mél en hommage de P.Horion, Fac de Liège, 1972, p. 243.

[309] A.Supiot, Préface à l'ouvrage deCh.Willemenn et J-Y.Kerbourc'h, Le licenciement pour motif économique après la loi de modernisation sociale, éd du Jurisclasseur. 2002, XI.

législateur tunisien, contrairement à d'autres législations[298] n'a pas opté pour la nullité comme la sanction d'un licenciement abusif, ni son corollaire, la réintégration du salarié dans son emploi[299].

Portant, la nullité aurait une rigueur significative qui s'afficherait plus fermement à travers la réintégration du salarié dans son emploi. Le mutisme du législateur sur cette sanction semble être dicté par la volonté de préserver les intérêts de l'entreprise. En effet, le législateur a pris conscience que la réintégration se heurte avec la souveraineté de l'employeur. Ce dernier risque de voir, en pratique, son autorité affaiblie vis-à-vis des autres salariés par le retour d'un salarié préalablement licencié. C'est la raison pour laquelle cette sanction a exacerbé des hostilités et des auteurs ont cherché, d'ici et là, des fondements pour refuser sa consécration dans le code du travail. N-a-t-on pas écrit à ce sujet : « Cette mesure de réintégration s'accommode mal avec une analyse libérale de l'entreprise. Elle est aussi en opposition avec les attributs du droit de la propriété qui doit normalement l'emporter en premier lieu »[300] ? Toutefois, cette référence au droit de propriété pour expliquer la réticence quant à la réintégration du salarié licencié est contestable. Droit réel, le droit de propriété traduit une tutelle qu'exerce une personne sur les biens, mais ne peut jamais expliquer le transfert de la tutelle des biens sur les personnes.

Si la réintégration du salarié licencié a été source de frictions pour une part de la doctrine, cette sanction a, cependant, cristallisé les passions pour la majorité de la doctrine, qui a évoqué un vocabulaire fort diversifié pour la vanter. En la qualifiant d' « acte de justice par excellence pour les salariés », B.BOSSU a montré son côté « magique »[301] en ce sens qu'elle permet de revenir en arrière en rétablissant ce qui était censé disparu. Elle rend au salarié ce qui lui a été injustement pris[302]. La réintégration a, même, été associée à assurer la dignité du salarié, car en rétablissant le salarié dans ses droits, on le rétablit dans sa dignité même[303]. Il faut reconnaître que certaines défaillances de l'employeur devraient, normalement, justifier une sanction plus importante que la simple attribution des dommages-intérêts. A cet égard, la réintégration paraît la sanction la plus équitable car « il faut qu'il existe une corrélation nécessaire entre un droit et sa sanction, son existence et sa protection »[304]. Il est question ici de l'effectivité de la loi. La sanction adéquate sera celle qui apaisera le trouble causé au salarié suite à son licenciement et aura, par là même, la valeur de dissuasion à l'égard de l'employeur.

Le caractère insuffisamment rigoureux de la sanction prévue par le législateur pour licenciement abusif serait de nature à esquiver la contrainte de la norme juridique. « C'est une vision cynique de la fonction de la norme que d'admettre que toute obligation aurait une alternative monétaire, un tarif »[305]. De même, la non consécration de cette sanction risque d'encourager l'accomplissement d'actes illicites sachant que le profit tiré de l'infraction est plus grand que le préjudice causé puisque la réparation ne peut normalement excéder le montant du dommage subi[306]. L'issue indemnitaire

---

[298]Le droit français, par exemple, a prévu certains cas de licenciements nuls, parmi lesquels, le licenciement d'un salarié inclus dans un licenciement économique collectif en l'absence ou insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi ou de plan de reclassement (article L1235-10 du CT).

[299] Sur la réintégration, voir not, B.Desjardins, « La réintégration », Dr.soc, 1992, p. 766 ; H.Sinay, « Rigueur et ampleur de la réintégration », Dr.soc, 1994, p. 54 ; H.Sinay et G.Lyon-Caen, « La réintégration des représentants du personnel irrégulièrement licenciés », JCP, SJ, 1970, 2335, etc…

[300]A.Zarrouk, « L'implicite et le contenu contractuel : étude de droit comparé (droit français et droit tunisien), L'harmattan. 2012, p. 168-169.

[301]B.Bossu, La remise en l'état en droit du travail, Lille 2, sous la direction d'A.Coeuret, 1993, p. 1.

[302]M.Henry, « La réintégration des salariés non protégés », Dr.ouv. 1995, p. 371.

[303]J.M.Verdier, « Au-delà de la réintégration et de l'indemnisation des grévistes : vers une protection spécifique des droits fondamentaux des travailleurs », Dr.soc. 1991, p. 709.

[304]A.Martinon, Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée, Ed Dalloz, 2005, p. 358.

[305]M.Henry, « La réintégration des salariés non protégés », Dr.ouv, 1995, p. 371.

[306]M.Henry, « Pour des droits effectifs », Dr.ouv, mai 1991, p. 155.

répercussions financières lourdes du licenciement, surtout que le législateur a visé la réparation du seul préjudice matériel du salarié consistant dans la perte de son emploi et corrélativement la perte de son revenu. Pourtant, le licenciement économique cause au salarié un préjudice moral tout aussi grave qu'il peut perturber son état psychologique en éprouvant le sentiment d'insécurité ; d'exclusion et de désespoir. Ce « traumatisme » moral devrait, en toute logique, être réparé au même titre que le préjudice matériel. Toutefois, telle ne semble pas être l'attitude de notre jurisprudence qui, partant de l'absence de réponse à cette question dans l'article 23 bis du code du travail, a refusé purement et simplement la réparation du préjudice moral d'un licenciement économique déclaré abusif[291]. Cette position nous paraît, cependant, critiquable étant donné que cet article, qui constitue le fondement légal de la réparation du licenciement abusif, bien qu'il n'ait pas envisagé le préjudice moral en tant que préjudice réparable, il s'est exprimé en des termes généraux en utilisant le terme « préjudice ». C'est pourquoi, il faut l'entendre dans le même sens[292]. Par conséquent, la cour de cassation aurait dû franchir le pas en réparant le préjudice moral pour mieux protéger le salarié licencié en lui octroyant un montant plus raisonnable de dommages-intérêts compensant la perte de son emploi.

Poussant plus loin l'analyse critique du système d'indemnisation prévu par le code du travail, on peut détecter une autre faille. En effet, le législateur tunisien réserve le même traitement juridique au niveau indemnitaire nonobstant la taille de l'entreprise. Or, cette démarche apparaît forcément trop rigide pour une petite entreprise, « pour laquelle l'existence d'une législation taillonne en ce domaine est une source d'embarras influant, dans bien de cas, sur sa stratégie d'embauche »[293] . Une prise de conscience effective des effets induits par la décision du licenciement économique aurait pu se manifester à travers la mise en place d'un système d'assurance chômage à l'instar d'autres pays, tels que la France, l'Algérie, etc…. Ce système une fois lancé, pourrait, inéluctablement, engendrer un avantage certain pour les salariés licenciés en leur procurant un revenu de substitution[294].

Les failles marquant le système d'indemnisation en droit tunisien constituent un handicap majeur à la réalisation d'une vraie protection des salariés. Ceci est d'autant plus vrai que la réintégration du salarié dans son emploi demeure une sanction dans l'oubli.

2- La réintégration du salarié dans son empli, une sanction dans l'oubli

« Entre la règle et la sanction se noue un lien indissociable »[295]. Parce qu'elle porte en elle le révélateur de la règle qu'elle soutient, la sanction est le miroir qui va refléter la teneur de la règle[296]. Les exigences de fond et de forme du licenciement économique peuvent laisser penser que le licenciement ne respectant pas ces exigences fondamentales serait déclaré nul. Mais, en dépit de l'importance de ces exigences, le législateur n'a pas jugé bon d'emprunter ce chemin. Il a choisit une autre solution : la violation de ces conditions ouvre seulement droit à des dommages-intérêts[297]. Le

---

[291]Voir Cass.civ n°44689 du 17 février 1997, inédit.

[292]Conformément à l'article 533 du C.O.C.

[293]H.Kotrane, « Législation du travail et emploi : vers un nouveau droit de la mobilité », in L'ouverture, la croissaance et l'emploi, Ouv.coll, Tunis. 1996, p.8.

[294]Notons, à cet égard, que les partenaires sociaux, à savoir L'Etat, l'UGTT et L'UTICA ont décidé dans le cadre du « Contrat Social » d'instaurer un nouveau système de sécurité contre la perte de l'emploi, et ce par la création d'une caisse d'assurance chômage. Cependant, et depuis l'annonce de la création de cette nouvelle institution tant attendue par toutes les parties entreprenantes, aucune mesure concrète n'a été entreprise jusqu'à ce jour. Voir sur ce sujet, N.Mzid, « Le droit de la sécurité sociale confronté aux difficultés de l'emploi en Tunisie », in Emploi et protection sociale : de nouvelles relations ?, sous la direction de Ph.Auvergnon, Presses universitaires de Bordeaux. 2009, p. 375.Mais, on doit remarquer que cette défaillance est atténuée à travers des mécanismes d'assistance spécifique aux salariés victimes de licenciements économiques sous forme de maintien des prestations familiales et du droit aux soins d'une part, et éventuellement l'octroi d'aides sociales, d'autre part.

[295]M.Grévy, « Réflexions autour de la sanction des droits fondamentaux en droit du travail », Dr.ouv, mars 2006, p. 114.

[296]J.M.Verdier, « Liberté et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge », D. 1988, chron, p. 69.

[297]Article 23 du CT. C'est aussi la solution en cas de licenciement d'un représentant des salariés (Article 166 du CT.

durée du service effectif[282] ? Même s'il peut exister, en pratique, des indemnités plus élevées que le plafond fixé par la loi, c'est en réalité le fruit d'accords collectifs ou des accords de départ à l'amiable[283]. Mais, en l'absence de tels accords, la gratification reste soumise au plafond rigoureux de la loi, réduisant considérablement le montant de cette gratification.

Le plafonnement des indemnités de licenciement économique concerne, ensuite, les dommages-intérêts dus en cas de licenciement abusif. Ainsi, le montant des dommages intérêts pour licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse ne peut en aucun cas dépasser le salaire de trois années[284], quelle que soit la contribution, ou non, de ce montant à la réparation du préjudice subi par le salarié. Mieux encore, en cas de licenciement justifié mais irrégulier, le plafonnement est fixé à quatre mois de salaire seulement[285]. Cela incitera l'employeur à recourir au licenciement économique sans se soucier du respect des procédures posées par la loi. L'indemnisation prévue n'aura pas la rigueur suffisante pour dissuader l'employeur à recourir à cette mesure brutale. Ce dernier n'hésitera pas à le faire sachant à l'avance que le montant des éventuelles indemnités à verser est de loin inférieur pour lui aux charges financières et sociales qu'il doit supporter s'il garde le salarié dans l'entreprise. « L'institution du licenciement pour motif économique tend, de par sa finalité, à octroyer un avantage juridique précieux à l'entreprise : si le licenciement est reconnu comme tel, le salarié ne reçoit qu'une indemnité forfaitaire sans rapport avec les montants qu'il aurait perçus du fait d'un licenciement personnel et injustifié »[286]. Il en résulte une absence de concordance entre la gravité de la décision du licenciement et le montant des indemnités dues au salarié.

Avant 1994, le juge jouissait d'un pouvoir souverain d'appréciation pour fixer le montant de la réparation. Cette solution a été forcément protectrice des salariés puisque l'incertitude du montant de la condamnation permettait d'éviter des licenciements prononcés à la légère par l'employeur. De même, le juge était animé par la recherche d'une forme de justice dans les rapports contractuels en appliquant la règle civiliste de la réparation intégrale[287], ce qui a donné lieu à des indemnités importantes. Toutefois, en optant pour un plafonnement du montant des dommages-intérêts, le législateur marque une nette rupture avec la règle de la réparation intégrale. Il en a résulté une limitation considérable du pouvoir d'appréciation du juge sur cette question. Un auteur s'est interrogé : « Comment dès lors comprendre que le code du travail qui matérialise une législation spéciale visant à conférer aux salariés une protection négligée par le droit commun cantonne les dommages-intérêts sans contrepartie ? »[288]. Cherchant à justifier cette solution, CH.RADE affirme « qu'une réparation complète semble largement illusoire »[289]. Il voit dans la technique de forfait d'indemnisation le moyen de concilier la nécessaire prise en compte des besoins des victimes et le respect des intérêts des entreprises considérées comme des responsables, mais également comme des acteurs économiques à protéger.

« Désormais, le risque résultant du licenciement peut parfaitement être calculé par l'entreprise qui n'est plus à la merci de l'humeur du juge prud'homal et le montant des dommages-intérêts est réduit par rapport aux seuils atteints par la pratique »[290]. La rigueur du mécanisme de plafonnement risque, ainsi, de mettre en cause l'efficacité du système d'indemnisation et sa capacité d'atténuer les

---

[282]Article 22 infine du CT.

[283] L'article 22 in fine, après avoir fixé le plafond de la gratification de fin de service, ajoute « sauf dispositions plus favorables prévues par la loi ou par les conventions collectives ou particulières ».

284 Parag 1 de l'art 23 bis du CT.

[285] Parag 2 de l'art 23 bis du CT.

[286] H.Kotrane, « Législation du travail et emploi : vers un nouveau droit de la mobilité », in L'ouverture, la croissance, l'investissement et l'emploi, Ouv.coll, Tunis. 1996, p. 7.

[287] Article 278 du C.O.C.

[288] P.E.Kenfack, « Un enjeu inattendu dans le code du travail camerounais : la protection de l'employeur », Bull de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 2006, p. 13.

[289]Ch.Radé, Droit du travail et responsabilité civile, LGDJ. 1997, p. 282.

[290]F.BenSalem, « L'entreprise et le droit du travail », Infos juridiques du 12/4 au 9/5,2006, p. 9.

un avis non conforme. C'est un simple avis consultatif, qui n'oblige en rien les deux parties en conflit si elles ne l'ont pas approuvé. Elles peuvent s'en passer et chacune d'elles peut faire son recours à la justice[279]. S'agissant de l'employeur, il lui suffit de respecter la procédure et il pourra, par la suite, passer outre l'avis rendu par ladite commission. « L'obstacle de cet avis franchi, plus rien n'empêche l'employeur de réaliser son projet de licenciement »[280]. Il faut ajouter que depuis la réforme de 1996, la procédure même impliquant l'intervention de la commission de contrôle du licenciement n'est plus d'ordre public puisque l'article 21-12 du code du travail prévoit, désormais, la possibilité pour les deux parties concernées de se mettre d'accord pour se passer de l'intervention de cette commission.

Cet affaiblissement du rôle de l'administration n'a pas été, malheureusement, compensé par l'attribution d'un rôle actif pour les représentants du personnel. On est frappé par une sorte de marginalisation étonnante de tout rôle pouvant être joué par ces représentants. En effet, dans la pratique de la commission de contrôle du licenciement, celle-ci ne recourt à l'assistance de la commission consultative d'entreprise ou aux délégués du personnel que très rarement. Pourtant, une telle participation est d'une nécessité incontestable pour mieux défendre l'intérêt du salarié dans le maintien de son emploi.Cette attitude législative s'écarte foncièrement de celle du droit français où les représentants du personnel doivent être informés et consultés des mesures « de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs »[281]. Ainsi, l'expérience française est allée vers l'abandon de l'autorisation administrative des licenciements économiques au profit d'un accroissement corrélatif du rôle des représentants du personnel.

Si la mission de conciliation se révèle en pratique peu fructueuse du moment qu'on ne parvient pas souvent à concilier entre les parties, cette inefficacité est, en réalité, la conséquence de l'insouciance législative à associer les représentants du personnel dans cette phase. A cette défaillance du dispositif préventif des licenciements économiques, s'ajoute une faiblesse au niveau du traitement des conséquences de ces licenciements, fragilisant davantage la protection des salariés.

B- Un traitement curatif inopérant

Le législateur a cherché, tant bien que mal, à assurer au salarié licencié pour motif économique une certaine protection compensant la perte de son emploi, en lui accordant le bénéfice d'avantages matérialisés par des indemnités prévues par le code du travail. Toutefois, force est de constater que ce système d'indemnisation présente plusieurs failles qui peuvent remettre en cause son aspect protecteur (***1***). La situation risque de s'aggraver avec l'inertie législative à consacrer la nullité du licenciement et son corollaire la réintégration du salarié (***2***).

1- Les failles du système d'indemnisation

Le système d'indemnisation prévu par le code du travail au profit du salarié licencié pour motif économique est, certes, un système ambitieux à travers lequel le législateur a voulu offrir au salarié une compensation lui permettant de lisser la perte de son revenu. Toutefois, ce système souffre de plusieurs faiblesses. Il se trouve confronté à la rigueur excessive du mécanisme de plafonnement. On peut, certes, percevoir derrière la mise en place d'un plafond pour le calcul des indemnités une volonté législative à réduire les risques de divergence entre les tribunaux dans l'évaluation de ces indemnités. Mais, la rigueur de ce plafonnement peut mettre en cause l'efficacité du système d'indemnisation.

Cette rigueur est, d'abord, observée au niveau de la détermination de la gratification de fin de service. Celle-ci est censée récompenser la fidélité du salarié à son entreprise. Mais, de quelle récompense peut-on parler, sachant qu'elle ne peut excéder le salaire de trois mois quelque soit la

279 Article 21-11 alinéa 2 du CT.
[280]F.Ben Salem, th.préc, p. 119.
[281]Article L2323-15 du CT français.

définition a, même, été considérée comme « une négation du droit »[275] due principalement à l'état d'incertitude sur son contenu, engendrant, des contentieux abandons et continue, ainsi, d'alimenter les polémiques. Cela a fait dire au professeur A.LYON-CAEN que « malgré sa force, l'exigence de justification n'a pas un destin paisible »[276]. Pour expliquer l'absence de définition de la cause réelle et sérieuse, certains auteurs l'ont considéré comme une notion-cadre, qui échappe à toute définition[277]. Cette notion, du moment qu'elle va concerner un grand nombre de situations, nécessitera l'intervention du juge qui devra, au fil des cas concrets, opérer une qualification juridique des faits pour cerner cette notion.

Toutefois, il est vain de chercher une quelconque définition de la cause réelle et sérieuse dans la jurisprudence. Les juges n'ont pas voulu donner un contenu précis à cette expression. Ce qui peut retentir sur le contrôle du juge. On peut, ainsi, se trouver devant des situations où la cause du licenciement n'est plus à être sérieuse, mais seulement réelle. Le juge se contente parfois de vérifier la réalité de la cause, visant, ainsi, globalement, l'existence ou l'absence de cause réelle et sérieuse. Ce qui est grave en matière de licenciement économique où il faudrait bien rechercher si la cause alléguée est réelle et si elle l'est, le juge doit rechercher si elle est sérieuse.

Tant que l'imprécision terminologique persiste en cette matière, la protection des salariés demeure source de méditation intarissable et elle ouvre de larges possibilités de contentieux. Une certaine rigueur normative est fort appréciable dans ce cadre. Face à des notions polymorphes qui peuvent être manipulées excessivement en leur accordant un champ d'application vaste et dont les contours sont fuyants, la seule voie sécurisante des droits des salariés est celle de leur donner une définition claire et de délimiter ses contours.

Le dispositif préventif, censé être la première charnière dans la protection des salariés face au licenciement économique, risque d'être vidé de sa finalité protectrice face à une intervention administrative limitée.

2- Une intervention administrative limitée

L'intervention de l'administration du travail dans le processus procédural du licenciement économique, quoiqu'importante, souffre, en pratique de plusieurs limites qui en réduit l'effectivité. Ces limites tiennent surtout au rôle censé être joué par l'inspection du travail. En effet, la compréhension des documents comptables et financiers de l'entreprise exige, en principe, l'appel à des experts en comptabilité ou en gestion, seuls capables de dévoiler les aspects techniques de ces documents. Cette compétence échappe, évidemment, à la formation des inspecteurs du travail. En dépit de l'importance de recourir, à ce stade, à l'assistance des experts et son impact sur les phases postérieures de la procédure, la pratique administrative nous montre qu'un tel recours est très rare, sinon inexistant. D'où, un risque sérieux de réduire la tentative de conciliation menée par l'inspection du travail à une pâle illusion[278]. Le recours à l'expert serait, certainement, un facteur déterminant de la qualité de la concertation.

Les limites de l'intervention administrative en matière de contrôle du licenciement économique sont, également, perceptibles au niveau du rôle joué par la commission de contrôle du licenciement. L'avis rendu par celle-ci sur l'opportunité de la décision du licenciement, malgré son importance, reste

---

[275]J.Pélissier, A.Supiot et A.Jeammaud, op.cit, p. 456.

[276]A.Lyon-Caen, « Justice et justification dans les réformes actuelles du droit du travail », Dr.ouv juillet-août. 2005, p. 286.

[277]Ch.Perelman, « Les notions à contenu variable en droit : essai de synthèse », in Les notions à contenu variable en droit, Etudes publiées par Ch.Perelman et R.Vander Est, Etablissements Emile Bruyant, Bruxelles. 1984, p. 366. La notion-cadre signifie un terme ou une expression juridique intentionnellement indéterminée, G.Cornu, Linguistique juridique, Montchrestien, 3ème éd. 2005, p. 90.

[278]L'article 67 du CT marocain, par exemple, prévoit expressément qu'en cas de licenciement pour motif économique, la demande doit être accompagnée d'un rapport établi par un expert comptable ou un commissaire aux comptes.

Il en a résulté qu'une confusion est souvent entretenue, en pratique, réduisant le motif économique aux difficultés économiques de l'entreprise, alors que l'application du régime juridique des licenciements économiques devrait, en réalité, concerner des situations diverses se développant en dehors de toute crise affectant ou menaçant l'entreprise, mais où des considérations préventives liées notamment à la mise à niveau des entreprises pourraient justifier le recours à un tel licenciement.Face au mutisme du législateur, les juges ont cherché à combler ce vide. Toutefois, force est de constater qu'à maintes fois, les juges se sont tombés dans la confusion. En effet, la jurisprudence a, dans certains arrêts, assimilé purement et simplement le motif économique à la notion civiliste de force majeure[272]. Même si le motif économique du licenciement se présente, le plus souvent, sous forme de difficultés financières auxquelles l'entreprise se trouve confrontée et qui risquent de bloquer son fonctionnement normal, ces difficultés ne constituent pas, pour autant, une force majeure. Elles sont dues à la conjoncture économique défavorable, qui n'entraîne pas pour l'employeur une impossibilité absolue d'exécuter son obligation de fournir le travail au salarié, mais de la rendre plus onéreuse simplement. De même, il faut considérer cette conjoncture comme un risque économique dont la responsabilité incombe normalement à l'employeur qui doit l'assumer, étant « un preneur de risque »[273]. Les caractères irrésistible et imprévisible de ces difficultés, qui sont les éléments caractéristiques de la définition même de la force majeure, font, alors, défaut.

L'expression « raison technologique » est également source de difficultés en pratique puisqu'elle n'a pas été définie. C'est une formule qui pêche par sa formulation vague. Ainsi, en introduisant une nouvelle technologie dans l'entreprise, un surplus de personnel sera une source de gêne. Cette situation justifie-t-elle, pour autant, un licenciement économique ? Il apparaît que cette cause risque d'accroître davantage les licenciements économiques sachant l'insuffisance chronique d'une main d'œuvre hautement qualifiée dans la majorité des entreprises et partant que l'écrasante majorité des salariés ne possèdent guère les aptitudes voulues pour faire face à ces prétendues innovations. Un prétexte derrière lequel l'employeur peut s'abriter pour se séparer, sans grands dégâts, de certains salariés. Un risque d'autant plus sérieux que les causes peuvent agir les unes sur les autres pour faire « boule de neige ». C'est le cas, par exemple, d'un recul de la demande qui peut entraîner un renforcement de la concurrence et partant exigera un recours à de nouvelles technologies pour augmenter la production.

Contrairement à l'attitude du législateur tunisien, le droit français a pris le soin de préciser le sens du motif économique. En effet, l'article L1233-3 du CT prévoit que : « Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques »[274]. Ainsi, si on veut atteindre l'objectif de protection des salariés, la notion de « raison économique ou technologique» devrait être entendue dans un sens très étroit en limitant les causes pouvant justifier un tel licenciement.

Le régime juridique du licenciement économique est bâti sur une autre notion-clef et qui souffre, pourtant, d'une imprécision terminologique patente due à l'absence de définition. Il s'agit de « la cause réelle et sérieuse ». Tout en attribuant à la cause réelle et sérieuse un rôle majeur comme étant le pivot de tout le droit du licenciement, le législateur n'en donne aucune définition. Cette absence de

[272]Cass.civ n°73826 du 4 février 2000, inédit ; Cass.civ n° 76952 du 28 avril 2000, inédit, etc…

[273]A.Omrane, La force majeure en droit du travail, Thèse, Toulouse. 1981, p. 195.

[274]A cette définition légale, la jurisprudence en a ajouté une autre en se basant sur l'adverbe « notamment » à savoir « la réorganisation del'entreprise pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient »,Cass.soc du 5 avril 1995, Dr.ouv. 1995, p. 284.

économique. Ceci est d'autant plus vrai que le dispositif préventif est un dispositif souffrant (***A***). Une fois le mal est survenu et le salarié est licencié, le traitement curatif reste inopérant (***B***).

A- Un dispositif préventif souffrant

Malgré les améliorations introduites au code du travail, le dispositif préventif afin de prémunir le salarié contre le risque d'un licenciement économique reste un dispositif souffrant de deux anomalies, au moins. D'une part, l'imprécision terminologique qui greffe sur des notions clefs du régime juridique des licenciements économiques a été source de confusion, et donc d'insécurité (**1**). D'autre part, l'intervention administrative dans le processus procédural est jugée ineffective en raison des limites qui affectent son rôle (***2***).

1- L'imprécision terminologique, source de confusion

Le juriste a horreur des notions dont la loi use et abuse sans les définir. A ce titre, l'une des principales vertus de la codification est la rigueur terminologique. Mais, cette vertu ne semble pas être assurée par les dispositions du code du travail s'agissant du licenciement économique[269]. En consultant les dispositions y afférentes, on est, du coup, frappé par un constat de carence au niveau de la définition des notions-clefs de cette matière. Il s'agit de la notion de « raison économique ou technologique» et celle de « cause réelle et sérieuse ». Pourtant, il est reconnu que la clarté d'un texte juridique est conçue comme le moyen d'éviter que surgisse un contentieux.

Le législateur se contente de poser une obligation de départ : « Tout employeur qui a l'intention de licencier ou de mettre en chômage pour des raisons économiques ou technologiques.. »[270]. Il utilise l'expression « raisons économiques ou technologiques » sans la définir. Or, cette définition est plus que nécessaire « parce que les sujets de droit doivent pouvoir connaître le contenu des règles qu'ils ont à respecter »[271]. De même, les intérêts attachés à la qualification du licenciement économique sont multiples (une procédure spéciale ; un ordre de licenciement ; une priorité de réembauchage, etc…).

L'amélioration importante qui aurait pu être introduite par la réforme de 1996 est la consécration d'une définition claire des situations pouvant donner lieu à des licenciements économiques. L'absence de définition des raisons économiques a donné lieu en pratique à des confusions. Il s'agit d'une expression assez vague. Elle peut désigner la mévente ; la régression des commandes ; des difficultés financières, etc… Ainsi, nous sommes devant une notion très extensible qui devrait, pourtant, être maniée avec beaucoup de prudence du moment que ce sont les droits des salariés concernés par la mesure du licenciement économique qui sont en jeu. Comment est-il possible de cerner juridiquement cette notion où précisément dans le contexte de concurrence exacerbée dans lequel nous vivons, les restructurations d'entreprises peuvent s'enchaîner sans fin ? Chaque entreprise ne se trouve pas, d'une manière ou d'une autre, affectée par des raisons économiques variées qui peuvent être appréhendées largement par les chefs d'entreprises ? D'où, le risque que ces raisons soient le prélude aisément invoqué par l'employeur pour se débarrasser de certains salariés. En effet, lorsqu'une notion aussi importante, de laquelle va dépendre le maintien, ou non, du salarié dans son emploi, ne soit pas définie, on peut se trouver devant une grande difficulté de tracer une frontière claire entre le principe et son abus : le principe étant la liberté de gestion reconnue à l'employeur, son abus serait l'utilisation arbitraire de cette liberté.

---

[269]Voir sur le langage du droit du travail, G.Lyon-Caen, Le langage en droit du travail. Les mots de la loi, dir N.Molfessis, éd Economica. 1999.

[270]Article 21 du CT.Selon une étude du BIT faite sur un échantillon de 125 pays, 30.4% ne donnent pas une définition au motif économique du licenciement, parmi lesquels figure la Tunisie, contre 51,2 % qui définissent cette expression, A.Muller, La législation de protection de l'emploi à l'épreuve de la crise économique. Une revue globale de la règlementation des licenciements collectifs pour motifs économiques. Note d'information de dialogue, n°3, sep. 2011, BIT.

[271]J.Pélissier, A.Supiot et A.Jeammaud, Droit du travail, Dalloz, 20ème éd, 2000, p. 456.

gain »[264] dont il faut réparer. L'indemnisation en cas de licenciement abusif a subi une nette évolution. Avant 1994, le juge avait un pouvoir souverain pour fixer le montant des dommages-intérêts en fonction de son appréciation du préjudice causé au salarié. Mais, depuis 1994, le législateur a introduit un changement radical en instituant la méthode d'évaluation des dommages reposant sur le système de plafonnement légal[265]. Le législateur a prévu un ensemble de critères permettant de guider le juge dans l'évaluation du préjudice réparable. L'institution de ces critères peut protéger le salarié contre une éventuelle attitude arbitraire des tribunaux. Désormais, l'évaluation du préjudice résultant du licenciement abusif est opéré « compte tenu notamment de la qualification professionnelle du travailleur, de son ancienneté dans l'entreprise, de son âge, de son salaire, de sa situation familiale, de l'impact dudit licenciement sur ses droits à la retraite, du respect des procédures et des circonstances de fait »[266]. L'expression « circonstances de fait » traduit la volonté législative de reconnaître au juge le pouvoir d'opérer une appréciation « in concreto » du préjudice, ce qui lui permettra d'ajouter d'autres critères en plus des critères légaux afin de parvenir à une réparation plus convenable pour le salarié.

L'article 23 bis du code du travail a, également, déterminé la méthode d'évaluation du montant des dommages-intérêts reposant sur le système de plafonnement légal ou de forfait plafond. Ainsi, si le licenciement est déclaré abusif pour l'absence de cause réelle et sérieuse, le préjudice donne lieu à des dommages-intérêts dont le montant varie entre le salaire d'un mois et celui de deux mois pour chaque année d'ancienneté sans que ces dommages ne dépassent dans tous les cas le salaire de trois années[267]. Lorsque le licenciement économique est déclaré abusif pour non respect des procédures légales ou conventionnelles, le montant de cette indemnité varie entre un minimum d'un mois et un maximum de quatre mois[268].

L'objectif de protection du salarié face au licenciement économique a amené le législateur à faire entrer graduellement dans le champ magnétique du droit du licenciement des conditions subordonnant sa légitimité et sa régularité. Le pouvoir de l'employeur de procéder à des licenciements économiques est, aujourd'hui, un pouvoir circonscrit, encadré et qui est, en outre, exposé à un contrôle judiciaire vigilent. Toutefois, cet objectif, tout aussi louable qu'il soit, n'est pourtant pas à l'abri des critiques. C'est, précisément, au regard de l'objectif de protection des salariés que le régime juridique des licenciements économiques en droit tunisien révèle ses imperfections. En effet, il ne suffit pas de choisir les objectifs à atteindre, encore faut-il mettre en œuvre les moyens permettant de les atteindre. Or, dans l'aménagement de ces moyens, le législateur ne semble pas avoir toujours opté pour les solutions les plus adéquates pour assurer une réelle protection du salarié. Des lacunes et des insuffisances apparaissent ici et là dans les dispositions du code du travail rendant, de la sorte, la protection des salariés face à ce fléau, une protection en trompe l'œil.

II- Une protection en trompe l'œil

Si le législateur a cherché avec un effort mitigé à remplir sa fonction protectrice en faveur des salariés contre le fléau des licenciements économiques, il n'a pu ignorer un autre intérêt qui paraît en surface et mérite, lui aussi, une protection : ce sont les intérêts de l'entreprise. La recherche de protéger ces intérêts est perceptible à travers le régime juridique des licenciements économiques. Cette attitude dénote d'un changement de la physionomie de la relation de travail, et par la même un changement des objectifs du droit du travail. Le législateur tient de plus en plus compte de ces intérêts faisant, ainsi, douter de la pertinence de la protection accordée aux salariés face au licenciement

[264]M.Keller, « La réparation du préjudice né par la perte de l'emploi », Dr.ouv. 1996, p. 264.
[265]Article 23 bis ajouté par la loi de 1994.
[266]Alinéa premier de l'article 23 bis du CT.
[267]Paragraphe 1 de l'article 23 bis du CT.
[268]Paragraphe 2 de l'article 23 bis du CT.

règles qui ne sont pas conformes à la loi, sauf s'il s'agit de dispositions ou d'un accord plus favorables au travailleur en application de l'ordre public social. Par ailleurs, le juge déclare abusif le licenciement intervenu sans l'avis préalable de la commission de contrôle du licenciement[259]. Dans la conviction du juge, le processus procédural prévu par la loi en tant que garantie pour le salarié, constitue, en réalité une unité indissociable dans la mesure où l'employeur est tenu de respecter la totalité des règles procédurales sans négliger aucune d'entre elles.

Le juge apparaît, dans le cadre du contrôle des licenciements économiques, comme un acteur particulièrement actif dont la contribution à la protection des droits des salariés licenciés est d'un apport indéniable. Par son œuvre, il rend plus effective la protection des salariés licenciés en déclarant le licenciement abusif chaque fois qu'il constate le non-respect de l'une des conditions exigées par la loi, ouvrant droit aux salariés au versement des dommages-intérêts compensant la perte de leur emploi.

2- Le système d'indemnisation, une compensation de la perte de l'emploi

L'entreprise, même contrainte à se séparer de certains salariés sous la pression de circonstances insurmontables, se doit de compenser la perte de l'emploi par le salarié en rendant la rupture du contrat de travail pour des raisons économiques plus coûteuse pour l'employeur. Le salarié licencié pour motif économique bénéficie légalement d'une indemnité dite « gratification de fin de service »[260], à laquelle s'ajoute, éventuellement, une réparation sous forme de dommages-intérêts en cas de licenciement abusif.

La gratification de fin de service vise à récompenser la fidélité du salarié[261]. Elle repose sur l'idée que lorsqu'un travailleur est licencié, un préjudice lui est occasionné, préjudice d'autant plus grand qu'il a occupé pendant longtemps le poste qu'il est amené à quitter. Cette « indemnité d'ancienneté »[262] trouve son fondement, non dans l'acte juridique du licenciement, mais plutôt dans l'exécution antérieure du rapport de travail. C'est, d'ailleurs, la raison pour laquelle le montant de cette gratification n'est pas en proportion avec le préjudice causé au salarié, mais qui dépend de son ancienneté, de telle sorte que l'indemnité est d'autant plus importante que son ancienneté dans l'entreprise est grande. Le montant de cette gratification est calculé de la façon suivante : le salarié a droit à un jour de salaire par mois de services effectifs dans la même entreprise sur la base du salaire perçu lors du licenciement compte tenu de tous les accessoires du salaire ne correspondant pas à un remboursement de frais. Cette indemnité ne peut, toutefois, excéder le salaire de trois mois[263].

La gratification de fin de service peut être cumulée avec des dommages-intérêts en cas de licenciement abusif. En effet, le préjudice causé par la perte de l'emploi est un préjudice évident et certain. Le salarié va, par la même, perdre son salaire et ses accessoires. Il s'agit d'une « privation d'un

---

[259]Sauf force majeure ou accord entre les deux parties concernées (article 21-12 du CT). Voir, Cass.civ n°1995-37081 du 15 décembre 1995, inédit ; Cass.civ n°2001-11989 du 8 février 2002, inédit ; Cass.civ n°2008-25028 du 4 octobre 2008, inédit, etc…

[260]Selon l'article 22 du CT : « Tout travailleur lié par un contrat à durée indéterminée, licencié (…) bénéficie (…) d'une gratification de fin de service.. ». Il faut préciser que cet article n'est pas spécifique au licenciement économique. Mais, ce qui est spécifique c'est qu'en cas de licenciement économique, la commission de contrôle du licenciement se trouve habilitée à émettre son avis sur son montant, tel que prévu par l'article 21-10 du CT.

[261]Il faut avancer à ce niveau une précision d'ordre terminologique. Certains auteurs parlent d'une « indemnité de licenciement », alors que dans le code du travail, le législateur parle de « gratification de fin de service ». En réalité, ce sont deux notions équivalentes, la seconde étant employée dans les textes les plus récents. Mais, la préférence est plutôt donnée en faveur de la notion d'indemnité de licenciement au motif que la seconde appellation est terminologiquement trompeuse. En fait, « cette indemnité a un caractère légal et son versement, si les conditions sont remplies, est une obligation pour l'employeur. Or, traditionnellement, la notion de gratification s'analyse comme un don bénévole de l'employeur et non comme un droit pour les travailleurs », F.Mechri, Le droit du travail en Tunisie, Sud éditions Tunisie. 2009, p. 145.

[262]Expression employée par P.Durand et A.Vitu, Traité de droit du travail, Dalloz. 1950, T II, p. 905.

[263]Article 22 du CT.

exclusivement pour un impératif de rentabilité financière ou de profit, ce qui à l'évidence donne une consistance au droit à l'emploi. Le juge est appelé à approfondir son contrôle jusqu'à parvenir à déceler la véritable cause du licenciement, car ce qui compte, ce sont les mobiles profonds de l'employeur qu'il ne sera pas toujours aisé de repérer, mais qui sont pourtant bien à l'origine de la mesure gestionnaire du licenciement économique. En effet, le motif déclaré peut paraître en surface légitime, mais qui cache un motif pernicieux ou fallacieux. D'où, l'importance du contrôle judiciaire de la motivation du licenciement économique.

Toutefois, force est de reconnaître que ce contrôle judiciaire a « ses turbulences »[251]. En fait, ce contrôle va placer les juges devant une redoutable difficulté. D'un côté, le contrôle doit être effectif, sinon les licenciements économiques deviendraient arbitraires. Mais, de l'autre côté, le contrôle ne peut pas être strict au point de retirer aux chefs d'entreprises le droit de choisir entre plusieurs décisions celle qui est la mieux adaptée à la santé économique de l'entreprise. « Si le juge va trop loin, il risque de devenir le juge de l'opportunité des décisions économiques. Une telle solution n'est pas souhaitable car la légitimité du juge serait en cause : il n'est pas chef d'entreprise. Mais, si le juge demeure trop en retrait, il vide quasiment de tout sens le droit social »[252].

Ce redoutable exercice, face auquel se trouve le juge, a fait émerger une position chez les économistes insistant sur l'inconcevabilité que des jugements de valeur soient portés de l'extérieur sur les choix économiques de l'employeur[253]. Ils ont même prôné pour une suppression pure et simple du contrôle judiciaire de la justification du licenciement économique et son remplacement par une taxe sur les licenciements[254]. Toutefois, cette position est grosse de malentendu sur l'office du juge en cette matière et plus largement sur les fonctions du recours contentieux. « L'analyse économique postule que le juge n'est pas apte à évaluer les choix économiques de l'employeur (…), encore moins la pertinence, la raisonnabilité de ses décisions. Pourtant, la discussion contentieuse est un espace d'appréciation de la qualité d'une décision »[255]. De même, la proposition de remplacer le contrôle judiciaire par une taxe sur les licenciements risque de nous éloigner davantage de la valeur sociale. « Le droit est dissous dans l'utilité. Il est monétarisé »[256].

Le contrôle judiciaire s'étend, également, sur le respect des procédures exigées par la loi. Sur ce point, la jurisprudence s'est montrée très stricte. Ainsi, faisant application rigoureuse de l'article 14 ter alinéa 2 du code du travail, la cour de cassation n'hésite pas à déclarer fermement que tout licenciement pour motif économique intervenu sans informer au préalable l'inspection du travail est un licenciement abusif pour non respect des procédures légales[257]. La jurisprudence affirme, alors, implicitement que l'information de l'inspection du travail n'est pas un simple acte formel, mais une garantie fondamentale accordée aux salariés. C'est pourquoi, le juge veille à ce que cette obligation soit scrupuleusement respectée par l'employeur. La jurisprudence a même considéré que cette procédure est d'ordre public[258]. Il en résulte que cette question peut être soulevée d'office par le juge. Par conséquent, les parties au contrat ne peuvent ni méconnaître, ni se mettre d'accord sur d'autres

[251]A.Lyon-Caen, « Le contrôle judiciaire du motif économique et ses turbulences », Dr.ouv. avril 2007, p. 157.

[252]P.Y.Verkindt, « Le contrôle judiciaire du licenciement », in Les licenciements pour motif économique, op.cit, p. 127.

[253]Sur cette question, voir, F.E.Duvernay, « Calculer ou débattre. Application aux situations de licenciement et de recrutement », in Le droit du travail confronté à l'économie, sous la direction d'A.Jeammaud, Dalloz. 2005, p. 102.

[254]Voir O.Blanchard et J.Tirole, Protection de l'emploi et procédures de licenciement, Conseil d'analyse économique, La documentation française, Paris. 2003.

[255]L'évaluation du droit du travail. Problèmes et méthodes, rapport final, Institut inter pour les études comparatives, sous la responsabilité scientifique d'A.Lyon-Caen du 11 avril 2008, p. 16.

[256]I.Vacarie, « Le travail sans adjectif », in Emploi et protection sociale : de nouvelles relations ?, sous la direction de Ph. Auvergnon, Presses Uinversitaires de Bordeaux. 2009, p. 126.

[257]Il s'agit d'une jurisprudence constante : Cass.civ n°21974 du 2 janvier 1989, Bull.1989, I, p. 270 ; Cass.civ n°12213 du 11 janvier 2002, inédit ;cass.civ n°2003-24496 du 25 octobre 2003, inédit : Cass.civ n°2004-5074 du 27 décembre 2004, inédit ; Cass.civ n°2006-3531 du 28 janvier 2006, inédit, etc…

[258]Cass.civ n°2003-29780 du 20 décembre 2003, inédit.

licenciements. Le spectre du licenciement économique devient réalité. Le salarié se trouve, alors, devant la fatalité de perdre son emploi. Il est attaqué par cette épidémie et il lui faut, maintenant, un traitement afin d'y remédier ou du moins d'en abaisser la rigueur douloureuse.

B- La protection du salarié licencié pour motif économique

Le droit du travail plonge ses préoccupations protectrices au-delà de la perte de l'emploi par des travailleurs qui jusqu'alors titulaires d'un emploi, sont victimes d'un licenciement économique[246]. Le législateur a fait profiter le salarié licencié d'une double protection. Ainsi, il a accordé au juge judiciaire la lourde mission de veiller au respect de la légitimité et de la régularité du licenciement en étendant sa posture à travers un contrôle a posteriori, faisant de lui un vigilent gardien de cette légitimité (***1***). Il a, en outre, prévu un système d'indemnisation compensant la perte de l'emploi (***2***).

1- Le juge judicaire, vigilent gardien de la légitimité et de la régularité du licenciement économique

« C'est bien sur le droit du licenciement, ce moment paroxystique des relations individuelles du travail, que se construit l'abus du droit de rompre commis par l'employeur »[247]. Le salarié atteint par la décision du licenciement économique se trouve totalement démuni en matière d'information économique. Il ne peut compter que sur la conduite du procès pour pouvoir mener le débat sur la réalité et le sérieux du motif économique et s'assurer aussi du respect par l'employeur des procédures exigées. Or, c'est bien là que le bât blesse. « Comment, en effet, seul face à l'employeur qui dispose de tous les éléments (…), obtenir une appréciation pertinente du motif invoqué ? »[248]. Sa protection reste, alors, tributaire de l'exercice par le juge de sa mission de contrôle a posteriori qui revêt une importance incontestable[249]. La loi a entendu conférer au juge judiciaire un certain nombre de prérogatives destinées à apprécier la légitimité du motif économique invoqué à l'appui de la décision du licenciement et la conformité de cette décision à la procédure exigée. Plusieurs articles dans le code du travail confient au juge un rôle considérable dans le contrôle des licenciements[250]. A travers ces dispositions, le législateur invite le juge à remplir convenablement sa mission en effectuant des efforts majeurs à travers une appréciation à la fois souveraine et rigoureuse.

Le contrôle judiciaire porte, d'abord, sur la motivation du licenciement. Le juge est habilité à apprécier la pertinence et le sérieux du motif économique invoqué. En effet, en pratique, les salariés licenciés saisissent, de plus en plus, le juge pour faire constater l'absence de cause réelle et sérieuse de leur licenciement. Il appartient, alors, au juge de s'assurer que l'entreprise connaisse effectivement des difficultés économiques lui obligeant à compresser ses effectifs. Ce contrôle est de nature à dresser une barrière solide devant l'apparition des « licenciements boursiers ». Si les salariés peuvent logiquement comprendre leur sortie d'une entreprise déficitaire, il est intolérable de leur part d'être licenciés d'une entreprise prospère et cela se conçoit aisément. Pour prémunir le salarié d'être victime d'un tel licenciement, le juge doit veiller à ce que la décision de licenciement économique ne soit prise

---

[246]Voir A.Mouelhi, « Droit et employabilité », Rev. Travail et développement, n°24. 2005, p. 166.

[247]T.Grumbach, « Le simple et le complexe dans le droit du travail », Dr.soc. 2003, p. 51.

[248]H.Tourniquet, « Les temps de l'appréciation des motifs », Dr.ouv. juillet-août. 2005, p. 291.

[249]Cette importance a été, à maintes fois, soulignée par d'éminents auteurs, voir en ce sens, A.Supiot, « Le contrôle prud'homal des licenciements économiques », Dr.soc. 1987, p. 268 ; F.Favennec-Héry, « Licenciement pour motif économique. Contrôle ou contournement ? », in Mélanges en l'honneur de H.Blaise, Economica. 1995, p. 209 ; Ph.Waquet, « A propos du contrôle judiciaire », in Les licenciements pour motif économique, op.cit, p. 153, etc...

[250]Il en est, ainsi, de l'article 14 quinter qui prévoit qu' « il appartient au juge d'apprécier l'existence du caractère réel et sérieux des causes du licenciement et le respect des procédures légales ou conventionnelles y afférentes… » ; l'article 21-11 : « …A défaut d'accord, les deux parties conservent leur droit de recours aux tribunaux compétents », et article 23 bis alinéa premier du code du travail qui prévoit que : « …L'existence et l'étendue du préjudice résultant de ce licenciement sont appréciées par le juge… ».

En cas d'échec de la tentative de conciliation, l'inspection du travail est tenue de soumettre le dossier à une seconde instance administrative, à savoir la commission de contrôle du licenciement, et ce dans le délai de trois jours qui suivent l'accomplissement de la tentative de conciliation[236]. Cette commission est appelée, également, à procéder à une mission active de conciliation dans un délai n'excédant pas 15 jours à partir de sa saisine. Elle peut demander à l'employeur les justifications liées à la situation de son entreprise pour pouvoir formuler un avis sur l'opportunité du licenciement[237]. Si elle formule un avis défavorable à la requête de l'employeur, elle essaye de proposer aux parties des mesures alternatives afin d'éviter le licenciement[238]. Après avoir épuisé tous les moyens de médiation possibles, la commission de contrôle de licenciement peut proposer « l'acceptation motivée de la demande du licenciement »[239]. Dans ce cas, le législateur a essayé aussi d'aménager une protection des salariés en exigeant que ladite commission respecte l'ordre des licenciements[240]. Il s'agit de protéger le salarié contre toute posture discriminatoire de l'employeur surtout lorsqu'il se trouve menacé de perdre son emploi pour un grief non inhérent à sa personne, mais qui a trait aux raisons économiques ou technologiques de l'entreprise.

L'intervention législative en 2007 [241] a apporté une réforme importante au niveau du contrôle administratif des licenciements économiques lorsque cette mesure touche un représentant du personnel. Ce contrôle n'est plus de la compétence de l'inspection du travail à l'échelle régionale, mais relève, plutôt, de la compétence du directeur général de l'inspection du travail et de la conciliation[242]. Le législateur a voulu, ainsi, donner plus d'efficacité à cette procédure en centralisant la décision administrative. L'inspecteur régional du travail se trouvant dans une situation délicate pour prendre une telle décision sous la pression directe des parties au conflit[243]. Cette réforme a, par ailleurs, accordé au représentant du personnel une priorité au maintien dans l'emploi. Il s'agit d'une garantie importante, quoique le législateur n'a pas déterminé les moyens de sa mise en œuvre, ni les sanctions encourues en cas de non-respect de cette disposition.

A travers la mise en place de ces procédures, le législateur n'a pas cherché à asseoir un dispositif complexe, comme les employeurs le déplorent, car cela va causer la complexité de toute la matière qui devient difficile à manier. Le législateur a, plutôt, cherché à protéger les salariés, dont le risque d'un licenciement économique devient imminent. Il a opté pour une forme souple d'intervention administrative à travers la voie consultative mais obligatoire. Il a, par ailleurs, essayé d'éviter la lourdeur de cette intervention en précisant le rôle des instances chargées d'intervenir dans ce processus. Ce qui fait que ce processus peut être qualifié plutôt comme un processus « réflexif » tendant à protéger le salarié[244]. « Tout ceci forme un véritable cadre apportant des garanties non négligeables au salarié menacé du licenciement »[245].

Si la prévention aménagée par le code du travail revêt une importance primordiale dans la lutte contre le fléau des licenciements économiques, elle ne peut, parfois, freiner le courant de ces

---

[236]Article 21-3 alinéa 2 du CT.

[237]Article 21-7 du CT.

[238]Article 21-9 du CTr. Parmi ces mesures, on peut citer, la modification des contrats de travail, tels que par exemple la possibilité d'établir un programme de reconversion ou de recyclage des salariés, l'orientation de l'activité de l'entreprise vers une production nouvelle, etc…

[239]Article 21-9 (g) du CT.

[240]Voir, H.J.Legrand, « L'ordre des licenciements ou l'identification du salarié atteint par une suspension d'emploi », Dr.soc. 1995, p. 244.

[241]Loi n°19 du 2 avril 2007, préc, qui a introduit une réforme partielle au CT relative au statut des représentants du personnel dans l'entreprise.

[242]Article 166 nouveau du CT.

[243]N.Mzid, « Le statut des représentants du personnel dans l'entreprise », Bull de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 2008, p. 351.

[244]A.Lyon-Caen, « La procédure au cœur du droit du licenciement pour motif économique », Dr.ouv. avril 2002, p. 163.

[245]J.Pélissier, « La réforme du licenciement », D. 1973, chron XXXVII, p. 254.

La mise en place des procédures devant être respectées en cas de licenciement économique a connu une évolution importante au fil des années. Si l'exigence procédurale a été prévue bien avant le code du travail[226], la loi du 30 avril 1966 portant promulgation du code du travail, tout en reprenant les dispositions du décret 1940[227], a eu le mérite d'en ajouter l'article 21 qui prévoit des dispositions spécifiques relatives au licenciement pour motif économique. A travers les réformes introduites au code du travail, le dispositif procédural a subi des retouches importantes qui ont contribué à son perfectionnement, et ainsi, à l'amélioration de la protection accordée au salarié menacé de licenciement économique. Cet effort a commencé avec la réforme de 1994 par laquelle le législateur a introduit une procédure qui consiste dans l'obligation de notification de la rupture par lettre recommandée un mois à l'avance[228]. Cette obligation permet au salarié d'être informé préalablement à la rupture afin d'empêcher les décisions brutales. C'est l'un des mécanismes destinés à assurer la continuité de l'emploi, objectif essentiel du droit du travail contemporain.

C'est surtout la réforme de 1996 du code du travail qui a introduit des innovations importantes s'agissant des procédures des licenciements économiques. Avec cette réforme, la tendance législative est allée vers une modernisation du processus procédural en faisant de l'intervention de l'administration du travail une pièce maîtresse dans le contrôle des licenciements économiques[229]. Celle-ci est appelée à étendre son contrôle préalable pour s'assurer que les conséquences sociales de la décision projetée par l'employeur sont appréhendées avec suffisamment de loyauté de sa part.

La première instance sollicitée pour exercer ce contrôle est l'inspection du travail. Sa saisine est justifiée par « sa proximité de l'entreprise et ses contacts fréquents avec les salariés et les employeurs »[230]. L'article 21 du code du travail prévoit que : « Tout employeur qui a l'intention de licencier ou de mettre en chômage pour des raisons économiques ou technologiques tout ou partie de son personnel est tenu de la notifier au préalable à l'inspection du travail territorialement compétente ». Il s'agit d'une formalité obligatoire dont l'inobservation qualifie le licenciement d'abusif pour irrégularité de forme[231]. Aussitôt saisi, l'inspecteur du travail va entamer son enquête pour vérifier les causes économiques invoquées par l'employeur, leur validité et leur importance[232]. Pour réaliser une enquête efficace, le législateur a doté l'inspecteur du travail d'un large pouvoir d'investigation[233] et il a obligé l'employeur à lui présenter « toutes les informations et tous les documents nécessités par l'enquête »[234]. L'inspecteur du travail va tenter la conciliation entre les deux parties en leur proposant des solutions alternatives pour éviter le licenciement. Il peut, ainsi, convaincre les salariés menacés de perdre leur emploi d'accepter la réduction de l'horaire du travail, le départ en retraite anticipée, etc... Il peut, également, proposer à l'employeur de reconvertir son activité. L'inspection du travail dispose d'un délai de 15 jours pour effectuer cette mission[235]. Il s'agit, en fait, de l'initier à examiner le dossier et tenter la conciliation entre les parties dans les temps utiles.

---

[226]Ainsi, le décret du 14 novembre 1940 avait institué un système de contrôle des licenciements dans les établissements industriels et commerciaux, (JORT du 19 novembre 1940, p. 1489).

[227]Les articles de 391 à 395.

[228]Article 14 bis alinéa premier du CT. Il faut remarquer que cette disposition concerne tous les types de licenciement et non seulement le licenciement économique.

[229]Voir, F. Ben Salem, Pouvoirs de l'administration et contrôle judiciaire dans le droit des licenciements tunisien, Thèse. Toulouse. 1981 ; P.Xavier, « Le rôle de l'administration du travail », in Les licenciements pour motif économique, op.cit, p. 87.

[230]F.Ben Salem, th.préc, p. 203.

[231]C'est une application de l'article 14 ter dans son alinéa 2 qui prévoit que : « Est considéré abusif, le licenciement intervenu (…) sans respect des procédures légales, règlementaires ou conventionnelles ».

[232]Voir sur ce sujet, A.Youmbai, « Le contrôle administratif des licenciements pour causes économiques et la perte de l'emploi », RTDS, n°2-3, 1987, p. 57.

[233]Voir l'article 174 du CT qui précise les prérogatives de l'inspection du travail.

[234]Article 21-3 alinéa premier du CT.

[235]Article 21-3 du CT.

dire que dans tous les cas, la cause doit reposer sur des éléments matériels, concrets, protégeant, ainsi, le salarié contre les jugements arbitraires de l'employeur.

En matière de licenciement économique, le motif généralement invoqué consiste dans les difficultés économiques rencontrées par l'entreprise, qui le motif de faveur. Le licenciement économique auquel l'employeur procède s'avère être le moyen le plus immédiat pour combattre les effets néfastes des difficultés de l'entreprise et où le licenciement apparaît selon l'employeur, plutôt, comme « un licenciement défensif ». Ces difficultés doivent être à la fois réelles et sérieuses. Ainsi, en exigeant que la cause soit réelle, le législateur invite l'employeur à invoquer un motif exact qui ne dissimule pas, en réalité, un motif tout autre et inavouable. Le législateur a, en plus, exigé de l'employeur d'invoquer une cause sérieuse, c'est-à-dire une cause revêtant une certaine gravité qui rend impossible sans dommage pour l'entreprise la continuation du contrat. La cause devrait atteindre un seuil de gravité très avancé de danger ou de menace pour l'entreprise.

En droit français, l'exigence d'une cause réelle et sérieuse en cas de licenciement économique est subordonnée à une autre exigence, à savoir le reclassement du salarié qui fait partie intégrante de la justification du licenciement économique et entre, même, dans la définition de la cause justificative au même titre que la cause traditionnelle[222].C'est seulement si le salarié ne peut pas s'adapter au poste proposé ou s'il ne dispose pas de qualifications nécessaires que le licenciement sera justifié. Cette obligation est « en passe de devenir l'obligation majeure du chef d'entreprise confronté à une impossibilité de maintenir le salarié à son poste de travail »[223]. Le législateur tunisien n'a pas prévu une telle obligation qui aurait, pourtant le mérite de consolider l'exigence d'une cause réelle et sérieuse afin d'assurer au salarié menacé du licenciement économique une dose supplémentaire de protection et rendre son licenciement effectivement l'ultime solution qui s'offre à l'employeur.

Un système efficace de protection contre le risque du licenciement économique doit comporter, non seulement une prescription selon laquelle le licenciement doit être objectivement justifié, mais également des procédures qui permettent de faire respecter cette exigence.

2- Les exigences procédurales, une garantie pour le salarié

La confection d'un processus procédural des licenciements économiques s'insère dans un objectif de prévention. Ce processus est allé grandissant[224] traduisant une volonté législative de rationaliser davantage le recours au licenciement économique. En contraignant l'employeur à suivre différentes étapes avant que sa décision de licencier ne puisse être opposable au salarié, la loi a souhaité protéger ce dernier en repoussant, autant que faire se peut, les risques d'arbitraire. L'employeur doit informer, dialoguer et réfléchir à la gravité inhérente à sa décision.

Les règles procédurales sont tellement importantes qu'elles ont été assimilées à de véritables règles de fond. On peut lire dans les propos de PH.WAQUET que : « le mot « procédure » ne désigne pas ici une quelconque procédure contentieuse, ni une série d'actes formels, mais un ensemble de garanties légales accordées par le législateur aux salariés visés par des licenciements. Il faut bien comprendre que ces règles dites de procédure ne constituent pas de simples règles de forme (…), mais de véritables règles de fond »[225]. Leur importance réside dans leur but préventif en permettant à l'employeur de revenir sur une décision intempestive.

---

[222]Cette obligation a été adoptée par la loi du 17 janvier 2002. Article L1233-4 du CT français.

[223]B.Boubli, « Réflexions sur l'obligation de reclassement en matière de licenciement pour cause économique », RJS. 1996, p. 131.

[224]F.Favennec-Héry et J.Y.Verkindt, Droit du travail, 2ème éd, LGDJ. 2009, p. 561.

[225]Ph.Waquet, « A propos du contrôle judiciaire », in Les licenciements pour motif économique, Ouv.coll dirigé par B.Teyssié, Paris, Litec. 1997, p. 150.

l'employeur de recourir à un licenciement économique est inscrit dans certaines limites. Dans le but de rationaliser le recours à cette décision, le législateur a édicté un véritable droit du licenciement économique ancré à une obligation de motivation qui vise à assurer une stabilité du rapport contractuel (***1***) et subordonné à une procédure qui constitue une garantie importante pour le salarié (***2***).

1- L'obligation de motivation, rempart contre l'arbitraire patronal

« La force ne suffit pas à rendre le pouvoir légitime, il lui faut de surcroît exhiber des titres qui lui donnent raison. Et c'est l'une des ressources de la technique juridique que de conférer au pouvoir une raison et d'installer, ainsi, la scène du pouvoir sur les tréteaux de la légitimité »[215]. Depuis longtemps, le salarié fut livré à la volonté quasi souveraine de l'employeur dont le droit de licencier n'était limité que par le recours à la théorie de l'abus de droit. Toutefois, parce que le dialogue en matière de relations de travail n'intervient pas entre deux « bons pères de famille conçus in abstracto et discutant sur un pied d'égalité »[216], et parce que « le postulat philosophique de l'existence de deux volontés souveraines et égales n'est qu'une utopie »[217], il a fallu intervenir afin de mettre des bornes à l'intensité du pouvoir patronal pour que l'exercice de ce pouvoir ne devienne un instrument de tyrannie nuisant aux droits du salarié. Le droit du travail, lui qui n'est pas un droit à sang froid[218], ne peut assurément rester indifférent face à ce risque. S'affranchissant de la tutelle du droit civil, il s'est employé à corriger les effets libératoires de la volonté patronale en exigeant de l'employeur une cause réelle et sérieuse à l'appui de sa décision de licenciement[219].

L'exigence d'une cause réelle et sérieuse est, incontestablement, un progrès dans le cadre de la protection du salarié frustré par le risque d'être victime d'un licenciement économique. Il s'agit de lui accorder une protection conforme à la décence. D'ailleurs, cette exigence est tellement fondamentale qu'on l'a associé à la dignité même du salarié. « La motivation du licenciement (...) relève bien d'un principe en droit du travail rétablissant la dignité du salarié licencié qu'on qualifie de principe fondamental »[220].

La cause justificative du licenciement prend un relief particulier dans le cadre d'un licenciement économique où, précisément, l'employeur n'a rien à reprocher au salarié licencié. Le pouvoir de l'employeur de rompre la relation de travail, en invoquant les causes économiques les plus diverses, est bridé par le droit dans le dessein affirmé de donner la priorité à la protection de l'emploi. Ainsi, cette exigence a sa grandeur puisqu'elle correspond à l'obligation faite à l'employeur de rendre compte de sa décision du moment qu'elle a des effets patents sur les salariés concernés. L'employeur devrait, alors, se rappeler, toujours, qu'il construit à travers la justification de sa décision sa crédibilité en termes de gestion du personnel. Il s'agit d'une forme maximale de rationalisation de l'action de l'employeur en évitant que ce dernier agisse sans raison[221].

Lorsque le législateur a imposé que le licenciement soit causé, il avait pour but de le rendre objectif, en requérant qu'il repose sur une cause existante, c'est à dire sur des faits réels et avérés. La justification du licenciement obéit, donc, à la logique de « l'objectivité - réalité », c'est à

---

[215]A.Supiot, Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit, éddu seuil. 2005, p. 223.

[216]G.H.Camerlynk, « De la conception civiliste du droit contractuel de la résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement », préc, 1425.

[217]G. Lyon-Caen, « Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail », RTD civ. 1974, p. 231.

[218]J.E.Ray, « Mutation économique et droit du travail », in Etudes offertes à G.Lyon-Caen. 1989, p. 17.

[219]Article 14 ter du CT prévoit dans son alinéa 2 : « Est considéré abusif, le licenciement intervenu sans l'existence d'une cause réelle et sérieuse le justifiant.».

[220]M.Truskolaski, La légitimité du motif économique de licenciement. Contribution à l'étude de la cause justificative, Thèse. Univ de Cergy-Pantoise, Fac de Droit, 2008, p. 35.

[221]Voir, J.C.Javillier, « Permanences et remises en question dans le droit du licenciement », Dr.soc. 1981, p. 303.

A la fois réducteur de la vulnérabilité du salarié et amplificateur de cette vulnérabilité[211], le droit du travail a essayé de confectionner un régime juridique spécifique au licenciement économique. Ainsi, en raison de la taille des enjeux auxquels le licenciement économique donne lieu, le droit du travail s'est développé dans un sens protecteur. Ses efforts ont convergé vers l'aménagement d'une protection au profit des salariés. Il a fallu les armer face au risque d'incertitude ou de changement brutal[212]. C'est pourquoi, plusieurs règles ont été élaborées sous le prisme de la protection des salariés (**I**). Toutefois, guidé par le souci de durcir sa gangue protectrice afin de tenir compte des intérêts de l'entreprise, le droit du travail s'est penché vers le pôle managérial, ce qui peut nous faire douter de la teneur de cette protection qui, ayant ses détours dans le code du travail, apparaît comme une protection en trompe l'œil (**II**).

I- Une protection consacrée par le code du travail

« C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser : il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites »[213]. Ainsi, la liberté d'entreprendre dont jouit l'employeur n'est ni générale, ni absolue, et il est loisible que le législateur intervienne pour lui apporter des limitations. Et, parce que le charbonnier ne doit plus être maître des biens et des personnes, il s'est avéré que pour encadrer efficacement le pouvoir de l'employeur, il est nécessaire de se porter au plus près de ses actions unilatérales où le risque d'abus est plus ample. C'est précisément en matière de licenciement économique que l'effort du législateur pour protéger les salariés devrait atteindre son apogée du moment que ces derniers se trouvent menacés de perdre leur emploi sans avoir commis de faute. « Ces actes, qui jusque-là bénéficiaient, par irradiation, de la légalité reconnue au pouvoir de l'employeur, ont, désormais, une légalité propre supportant la réalisation de conditions objectives »[214].

Coupant les ponts qui reliaient jusque-là la rupture du contrat de travail au droit des obligations, le législateur a cherché à entourer l'exercice par l'employeur de son droit de licenciement économique de plusieurs conditions subordonnant sa légitimité et sa régularité, étant perçu comme un acte destructeur d'emplois. La protection accordée aux salariés face à cette mesure brutale à travers le code du travail est une réalité mesurable. En fait, cet élan de protection s'est doublement orienté. D'une part, en amont du licenciement économique, en protégeant le salarié qui se trouve menacé de perdre son emploi pour motif économique (***A***). D'autre part, en aval en cherchant à abaisser la souffrance du salarié licencié pour motif économique (***B***).

A- La protection du salarié menacé de licenciement économique

Il est nécessaire de prévoir des garanties de forme et de fond pour que l'exercice du droit de licenciement ne se transforme pas en une pratique arbitraire généralisée. Désormais, le pouvoir de

[211]Ch.Mathieu, « L'effectivité des droits des salariés face aux politiques de l'emploi », in Vulnérabilités, colloque organisé par le centre de recherches juridiques, Univ d'Orléans, 7 et 8 avril 2016.
[212] J.Carbonnier, Flexible droit, LGDJ, 7ème éd. 1992, p. 172.
[213]Montesquieu, L'esprit des lois, Livre XI, chap 4.
[214]A.Fabre, Le régime du pouvoir de l'employeur, Bib de droit social, Tome 52, LGDJ. 2007, p. 21. Voir aussi, G.H.Camerlynk, « De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement », SJ/G. 1958, I, 1425.

revendications patronales tendant vers une meilleure flexibilité et moins de contraintes. Le droit du travail s'est, alors, trouvé tiraillé entre ces deux logiques divergentes. C'est, d'ailleurs, cette dialectique permanente qui fait l'intérêt et la richesse du droit du travail. Il est appelé à amortir le choc qui se produit dans l'entreprise entre, d'une part, les droits du salarié et d'autre part, les pouvoirs de l'employeur.

On a assisté, alors, à une remise en cause du caractère protecteur du droit du travail faisant suite à l'appel incessant pour plus de flexibilité qui signifie, entre autre, pour l'entreprise la liberté de mettre fin au contrat de travail unilatéralement par l'exercice du droit du licenciement lorsque des raisons économiques ou technologiques imposent à l'employeur de compresser son effectif. Le droit du travail s'oriente, donc, vers une nouvelle fonction, à savoir la régulation. On a vu, en effet, le législateur baissé la garde pour permettre à l'entreprise de trouver une souplesse compatible avec l'état du marché. D'où, l'ambivalence du droit du travail. Il serait un droit réversible[207].

Le législateur a apporté quelques réponses juridiques à cette « horreur », à savoir le licenciement économique, afin d'en atténuer les effets nocifs. Promulgué par la loi n°66-27 du 30 avril 1966, le code du travail a, depuis, connu des réformes importantes[208] qui ont contribué à l'évolution du régime juridique du licenciement économique. « Comme toutes les institutions, les codes évoluent, se vident et s'emplissent. Loin du mythe de la codification éternelle, les codes modernes doivent être reconstruits périodiquement pour conserver leur utilité »[209]. Notre code du travail n'a pas échappé à cette évidence et il a fait l'objet de réformes intéressantes qui ont fait l'objet d'une grande concertation avec les organisations professionnelles, donnant, ainsi, naissance à un droit plus modéré qui tient, de plus en plus, compte des intérêts de l'entreprise[210].

Parce que le juriste ne saurait jamais être le simple technicien qui porte ou qui interprète la règle de droit, l'engouement est, aujourd'hui plutôt, en faveur de l'évaluation des dispositifs juridiques. Pour mesurer l'efficacité d'un dispositif juridique agencé par ses règles, il convient d'apprécier son aptitude à obtenir le résultat recherché à travers l'instauration de ce dispositif. C'est plus que jamais important en cette période critique de notre économie, que les règles régissant le licenciement économique dans le code du travail devraient faire l'objet d'un diagnostic évaluatif en portant un jugement de valeur sur la teneur de ces règles.

Notre posture n'est pas simplement de saisir l'état présent du code du travail relativement à la question de protection du salarié face au licenciement économique. En fait, pour être féconde, notre étude essayera de mettre le doigt sur les maux de notre législation pour retracer quelques pistes de réflexion en vue d'une éventuelle réforme.

Quel degré de protection le code du travail a, donc, pu diffuser à travers les dispositions composant le régime juridique des licenciements économiques en faveur du salarié ? Pour répondre à cette interrogation, nous visons deux objectifs principaux et complémentaires : mesurer, d'abord, l'apport des règles du code du travail dans la protection du salarié, pour progresser, ensuite, vers la détection des insuffisances et lacunes de ces règles.

---

[207]G.Lyon-Caen, Le droit du travail, une technique réversible, Dalloz, coll Connaissance du droit. 1995. Voir, Les conditions du licenciement sont-elles un obstacle à une bonne conciliation de la nécessaire protection du salarié avec les besoins de l'efficacité économique ? Ministre du travail, Paris.11 mars 2016.

[208]Il s'agit de la réforme introduite par la loi n°94-29 du 21 février 1994 (JORT n°15 du 22 février 1994), la réforme introduite par la loi n°96-62 du 15 juillet 1996 (JORT n°59 du 23 juillet 1996) et la réforme introduite par la loi n° 2007-19 du 2 avril 2007 (JORT n°27 du 3 avril 2007).

[209]Ch.Radé, « Libres propos », in Recodifier le code du travail, Dr.soc. 2005, p. 483.

[210]F.Ben slem, « L'entreprise et le droit du travail », Infos juridiques du 12 avril au 9 mai 2006, p. 7.

La mondialisation a aggravé ce phénomène à travers les mutations économiques auxquelles elle a donné lieu. Le licenciement économique est, en effet, une des conséquences les plus directes et les plus visibles de la crise économique qui a placé les entreprises dans une situation de concurrence sur des marchés ayant pour particularité d'imposer des temps de réactions brefs. Ces nouvelles contraintes constituent pour elles « un carcan complexe générateur de coûts »[201].

Selon l'UTICA, le taux de licenciements économiques et de mises en chômage technique a atteint 96%[202]. Ce taux est particulièrement élevé dans le secteur du textile et habillement[203]; dans le secteur du tourisme[204], etc… Derrière les chiffres se cachent des drames humains. Ceux qui ont perdu leurs emplois n'ont tout simplement pas la possibilité de vivre leur citoyenneté car ils ne peuvent plus garantir « un bien-être minimal ». Aujourd'hui, le mal des licenciements économiques ne touchent pas seulement les PME, mais aussi les grandes entreprises, autrefois florissantes. La perte de vitesse arrive même aux entreprises les plus prestigieuses et les plus solides car actuellement le marché fluctuant ne laisse personne profiter longtemps d'une position de force. Tout le monde doit rester sur la brèche, les sens aiguisés, attentif aux évolutions succédanées. La nécessité d'anticiper les évolutions sert d'aiguillon pour mesurer la réactivité de l'entreprise. Le recours au licenciement économique devient, alors, de plus en plus, un instrument entre les mains de l'employeur pour gérer les effectifs de son entreprise, une épée de Damoclès continuellement suspendue sur la tête des salariés.

Les licenciements économiques présentent une dimension particulièrement tragique pour le salarié. C'est un acte grave de nature à le précipiter dans la catégorie des travailleurs privés d'emploi. Il est perçu par lui come une mesure inique venant briser sa carrière. C'est aussi un acte qui lui fait perdre son salaire qui assure sa substance et celle de sa famille. C'est « une épreuve humaine qui l'amène à douter de lui, ressentir sa faiblesse aussi bien physique que morale »[205]. La perte de l'emploi serait, pour lui, un facteur d'assombrissement de son avenir. Un nuage de négativisme règne sur lui. En d'autres termes, le licenciement économique a des retombées très négatives sur le bien-être social.

Que le législateur se soit attaché à le règlementer strictement, ne saurait donc surprendre face à ces enjeux de taille. Le droit du travail s'est formé initialement comme un droit protecteur des salariés. La fonction essentielle et la très forte légitimité de la loi du travail était de protéger le salarié juridiquement subordonné[206]. Cette finalité à résonnance sociale a, d'ailleurs, accompagné le droit du travail dès son apparition en lui conférant ses titres de noblesse. Et puisque le risque le plus grave que le salarié peut encourir est la perte de son emploi, le droit du travail a entrepris d'intervenir pour bâtir une certaine protection en faveur du salarié contre ce risque en apportant des correctifs à la vulnérabilité intrinsèque à la subordination. Il s'est, dès lors, enrichi de dispositions protectrices formant un régime juridique spécifique pour les licenciements économiques dont l'encadrement paraît si nécessaire que, crise économique aidant, ce type de licenciement est de plus en plus fréquent.

Toutefois, l'élaboration de ce régime juridique ne peut se faire sans difficultés, le sujet étant situé au cœur d'une nette opposition entre les aspirations des salariés à plus de protection et les

---

[201]Voir, Sécurité juridique et initiative économique, Rapport du groupe de travail, présidé par H.De Casties et N.Molfessis, Les éditions mare et martin. 2015.

[202] Selon le Président de la commission des affaires économiques de l'UTICA, 23 septembre 2015. D'après lui, le nombre des entreprises ayant mis la clé sous la porte sans préavis a grimpé de 41 entreprises en 2014 à 65 en 2015. Au cours des huit premiers mois de l'année 2015, 11.200 salariés ont été licenciés.

[203]Dans un interview le 22 décembre 2015 par le quotidien tunisien de langue arabe Assabah, le président de la chambre syndicale patronale du textile a déploré la fermeture de pas moins de 300 entreprises dans ce secteur et la perte de 40.000 emplois (pendant la période allant de 2011 à 2015). Il a estimé que le nombre d'emplois perdus dans le secteur textile devrait augmenter d'au moins 10.000 autres au cours de l'année 2016.

[204] Selon le ministre du tourisme, on se dirige vers le licenciement de 15.000 salariés de ce secteur sur les 53.000 salariés opérant dans ce secteur, qui seront licenciés d'ici quelques mois.

[205]Ph.Waquet, « Le nouveau code du travail et le droit du licenciement », AJDA. 2008, p. 866.

[206]J.E.Ray, « Mutation économique et droit du travail », in Etudes offertes à G.Lyon-Caen, Dalloz. 1989, p. 14.

Quelle protection du salarié face au licenciement économique dans le code du travail ?

Hazar LAHIANI-Dammak

Maître-assistant en droit privé

à l'ESC de Sfax

« ***Le travail ne peut être une loi sans être un droit*** ». (Victor Hugo)

L'emploi constitue une dimension cruciale des activités humaines par laquelle « dans cette mise au monde des enfants et des œuvres (…), l'homme accomplit sa destinée »[195]. Il est devenu l'un des paramètres essentiels de la législation sociale[196]. Il contribue à forger l'identité de la personne[197]. Il participe même à assurer la dignité et, ainsi, à dessiner l'humanité de l'homme[198].Pour ce dernier, l'emploi est existentiel parce qu'il est censé répondre à un besoin de sécurité et de permanence de revenu d'abord, et puis, parce qu'il donne le sens de l'utilité sociale[199].Malgré cette importance, les problèmes de l'emploi ne cessent, aujourd'hui, de s'amplifier allant de pair avec le contexte économique mouvant. La perte de l'emploi constitue, de loin, l'épineux problème et la rude épreuve à laquelle le salarié peut se trouver confronté. C'est probablement la pire souffrance que ce dernier ait à endurer. En effet, si l'accès à un emploi est considéré comme un facteur de dignité de la personne, sa perte constitue, à l'évidence, une source d'insécurité et d'exclusion sociale. En principe, le salarié n'a pas à supporter de quelque façon que ce soit le risque économique généré par l'activité de l'entreprise. Mais, cette affirmation cesse d'être commune le jour où on assiste à un accroissement spectaculaire des licenciements économiques. L'implication du salarié prend, alors, une connotation dramatique du moment qu'elle lui fait subir, de façon très brutale, la perte de son emploi à l'occasion de restructurations jugées inéluctables. On voit, alors, se réaliser un glissement progressif des risques de l'entreprise sur les épaules du salarié.

Il n'est pas excessif d'affirmer que le licenciement économique occupe aujourd'hui l'avant-scène de l'actualité sociale et économique. Il constitue un pan important du contentieux de travail. Comme l'a justement souligné le professeur G.COUTURIER, « la hantise du chômage dans laquelle on vit aujourd'hui est une « hantise des licenciements économiques » »[200]. Il s'agit d'un phénomène universel. Cependant, il est plus violent dans les pays où le tissu économique est plus vulnérable. Après la révolution du 14 janvier 2011, ce phénomène s'est remarquablement aggravé en raison de la détérioration conséquente de la situation économique et sociale. Les réductions d'effectifs liées aux restructurations d'entreprises continuent de marquer notre actualité sociale. La liste d'entreprises contraintes de devoir procéder à des compressions d'effectifs ne cesse de s'allonger. C'est un fléau qui ne cesse, malheureusement, de s'amplifier, à tel point qu'il n'est pas excessif d'affirmer qu'il rythme le monde du travail pour s'installer en fin de compte comme une fatalité.

---

[195]A.Supiot, Critique du droit du travail, PUF, Coll « Les voies du droit ». 1994, p. 3

[196]Cf, N.Mzid, « Du droit au travail au droit de l'emploi », Etudes juridiques, n°8, 2001, p. 115.

197 A.Pousson, « L'identité professionnelle », in L'identité de la personne humaine. Etude du droit français et de droit comparé, sous la direction de J.Pousson-Petit, Bruyant. 2002, p. 565.

[198]D.Asquinazi-Bailleux, « Droit à l'emploi et dignité », in Ethique, droit et dignité de la personne, Mél Ch.Bolze, éd Economica. 1999, p. 123.

[199]M.Ennaceur, « Le droit du travail et l'emploi », Rev.tun de droit social, n°spécial 2005, p. 14.

[200]G.Couturier, Droit du travail, 1- Les relations individuelles de travail, 3ème éd, PUF. 1996 ; p. 266.

du plus grand nombre, de redonner confiance dans la législation du travail, de donner les moyens de critiquer et d'éliminer ce droit pelliculaire né avec la soumission aux politiques de l'emploi, et aussi de permettre des évolutions raisonnées.

3. Quant à la concurrence sociale qui accompagne la globalisation du système économique, elle appelle une analyse rigoureuse des ressorts et des manifestations de ce **pouvoir privé** qui s'exprime dans les grandes organisations productives et financières internationales, autrement dit, les entreprises transnationales.

Ce pouvoir privé, qui fait de ces entreprises des entités politiques, qui soumet les autres et les atteint dans leurs droits et intérêts légitimes, à l'instar du pouvoir public, tel qu'il était critiqué au XVIIIème siècle, doit être **constitutionnalisé**. Le mouvement est en cours.

Mais les voies de la constitutionnalisation de ce pouvoir privé ne auraient être les voies qui ont été empruntées pour le(s) pouvoir(s) public(s). Elles sont et seront originales, comme le montre, en ces périodes, la lente reconnaissance d'une obligation de vigilance des entreprises transnationales à raison des dommages causés par leurs filiales ou sous-traitants…

Ces perspectives, pour devenir promesses, demandent que les juristes du travail n'aient pas peur des aventures qui les mènent dans des savoirs divers et d'un enrichissement de leur propre discipline.

Entre les entreprises, le recul programmé, dans nombre de pays, de la négociation collective de branche ou de secteur et les faveurs dont jouit la négociation décentralisée, de groupe ou d'entreprise, ouvrent de nouveaux espaces à la concurrence.

A une plus large échelle, la concurrence se déploie entre systèmes sociaux, qui s'expriment dans des choix d'implantation d'activités, dans des délocalisations, dans le recours à des prestataires transfrontaliers. Cette concurrence, dont jouent les entreprises à dimension internationale et surtout les actionnaires dominants, exerce sur les Etats une pression peu résistible pour qu'ils réduisent les protections et leurs coûts, pour qu'ils préservent, selon la terrible expression utilisée, **l'attractivité économique** de leurs économies et de leurs droits.

Au nom de cette attractivité économique, l'érosion peut tout atteindre ou presque, et au premier chef, le régime des réorganisations d'entreprise, qui intéresse le droit du licenciement économique, la négociation collective, la représentation du personnel, mais aussi l'office du juge et tout ce qui peut avoir une incidence sur la capacité d'une entreprise à mettre en œuvre un plan de réorganisation et à calculer ses coûts.

De façon répétée, dans ce contexte de concurrence sociale attisée, le destin du salaire minimum, qui en France est fixée par les autorités publiques pour l'ensemble du territoire, est évoqué. Sans effet pour l'heure. Mais son sort pourrait bien être un baromètre de la résistance de l'Etat aux pressions concurrentielles croissantes.

III. Perspectives

On peut espérer que le chemin jusqu'alors suivi donne une meilleure compréhension de ce qui est aujourd'hui en cause dans les controverses sur l'avenir du Code du travail ou, plus simplement, de la législation du travail. Ses fonctions et leurs savantes combinaisons sont ouvertement minées par ce double mouvement de soumission du droit du travail aux politiques de l'emploi et d'essor de la concurrence sociale. Comment concevoir les **réactions** en face des commotions que subit le droit du travail ?

1. L'exigence première est la **lucidité**. Devant l'injonction faite au droit du travail de se mettre au service de la lutte contre le chômage, devant donc la réduction programmée de la législation à un outil, il faut s'enquérir des savoirs sur lesquels prennent appui les gouvernants qui s'engagent dans cette voie. Il faut en faire la critique rigoureuse. Il faut aussi ne pas craindre de juger avec fermeté les résultats qu'a donnés depuis trente ans ce programme appliqué avec obstination. Le droit du travail est-il, comme le présupposent les inventeurs et promoteurs de ce programme, un instrument adéquat pour agir sur l'activité économique, sur l'investissement, sur les grandeurs macro-économiques ? Tout concourt à lui dénier cette qualité.

Devant l'essor de la concurrence sociale, il est essentiel d'examiner avec minutie les voies par lesquelles elle s'insinue et de juger comment les autorités publiques et les juges notamment mesurent les responsabilités qui leur incombent. Ainsi il n'est pas innocent de noter que l'insertion de « *clauses sociales* » dans les marchés publics a constitué un progrès majeur, et que, pourtant, saisie de leur conformité au droit de l'Union européenne, la Cour de justice, en ce XXIème siècle naissant, n'assure pas leur survie et se laisse submerger par les flots concurrentiels.

2. L'une des exigences essentielles est aussi de retrouver une **axiologie** pour le droit du travail. Car, sans elle, la complexité qu'apporte l'instrumentalisation du droit du travail et sa pulvérisation n'ont aucun moyen d'être cantonnées. Sans elle, la prééminence de la pensée conséquentialiste, celle qui juge une norme (ou une action) par les conséquences (prétendues) qu'elle a, celle que privilégie un savoir économique rudimentaire, n'a aucune raison d'être contrariée.

C'est à cette exigence que peut répondre la formulation de **principes**, ces types de règles qui, dans le discours juridique, sont à proximité des valeurs.

La formulation de principes, c'est-à-dire de règles, ayant un domaine d'application générale, dotées de la plus grande autorité et servant à structurer leurs déclinaisons, a une chance, en suscitant l'adhésion

Ce programme a aujourd'hui des fondations doctrinales tout à fait identifiables. Il a des expressions très nombreuses. Il a, sur la législation du travail, des effets qui méritent d'être mis en lumière.

Ses fondations doctrinales, et non théoriques, car il s'agit de propositions qui ne dérivent pas d'hypothèses rigoureusement établies, se trouvent aujourd'hui dans une analyse économique du droit du travail. Cette analyse ne s'intéresse pas à l'entreprise, à son efficacité, à la capacité innovatrice des travailleurs, mais au marché du travail. C'est en effet là que se logeraient les facteurs explicatifs du chômage élevé, et non dans des facteurs exogènes, comme les conditions de la croissance ou les mutations technologiques. Le marché du travail serait marqué par une insuffisante mobilité, ou plutôt fluidité, des travailleurs. Cette absence de fluidité aboutirait à protéger ceux qui ont un emploi et à condamner à leur état ceux qui n'en ont pas. Tout doit donc être entrepris pour revoir et éliminer ce qui contrarie cette fluidité, ce qui désigne comme responsables, des règles et institutions, tôt réunies sous l'appellation de « *lois de protection de l'emploi* ».

Fondamentalement, il ne s'agit plus de regarder avec attention et bienveillance un droit du travail mais d'avoir les pensées habitées par un droit du marché du travail.

Parmi les mutations que ce changement implique, certaines sont, non pas inattendues, mais inquiétantes. Ainsi l'entreprise, son gouvernement et son efficacité, disparaissent de l'horizon considéré Ainsi encore, la subordination du travailleur est gommée. Sur le marché, il n'existe que des agents. Dorénavant ce ne sont plus les travailleurs qui doivent être protégés contre les abus des employeurs, mais les employeurs qui doivent l'être contre des travailleurs murés derrière leurs protections, trop querelleurs pour que les coûts des initiatives qui les viseraient soient prévisibles.

Le programme de révision du droit du travail, destiné à le soumettre aux exigences de la lutte contre le chômage a, depuis plus de trente ans, atteint, en France, les régions les plus diverses de la législations du travail : *l'embauche*, avec notamment le multiplication des formes juridiques de mise au travail, les contrats, dont la typologie s'est considérablement enrichie, le *temps de travail*, ouvert à la plus grande diversité normative, le *licenciement pour motif économique*, objet de réformes multiples, le régime de la *convention collective*, les rapports entre *l'accord collectif et le contrat individuel* etc..

Les effets sur la législation du travail de son instrumentalisation sont frappants : cette législation a été **pulvérisée**. Les énoncés généraux sont assortis d'exceptions souvent multiples ; les régimes contractuels comme les régimes du temps de travail sont nombreux, sans qu'un ordre apparaisse toujours entre eux ; l'accès à cette diversité obéit à des procédures complexes dans leurs rationalités et dans leurs sanctions ; la volonté du salarié, tenue pour très fragile dans un rapport de subordination, acquiert une place considérable dans certains dispositifs où elle produit ses effets importants ; les procédés les plus divers sont institués pour contrarier ou limiter l'intervention des juges…

Cette pulvérisation apporte avec elle une nouvelle complexité et fait perdre l'intelligibilité des dispositifs. Mais la législation du travail subit un autre assaut.

B. L'essor de la concurrence sociale

Alors que le droit du travail s'est développé dans une dynamique d'encadrement de la concurrence, il subit les effets profondément corrosifs d'une nouvelle concurrence sociale aux dimensions multiples.

Dans l'entreprise même, l'omniprésence des procédures et techniques d'évaluation des travailleurs, avec parfois, à la clé, des classements, attise entre eux une concurrence que la loi et les juges, embarrassés, laissent s'installer. Aux frontières de l'entreprise la concurrence est instituée, avec une remarquable densité, entre le faire et le faire-faire, entre le maintien d'une activité au sein de l'organisation et son externalisation et lorsque celle-ci a lieu, entre les divers prestataires de services ou sous-traitants. Derrière ce jeu concurrentiel, ce sont les travailleurs qui sont mis en concurrence.

A cette fonction libératrice correspond une autre grammaire des règles. Il n'est plus question de minima, mais de **droits** et **libertés**, assortis de garanties d'exercice de conciliation entre exigences ou entre droits fondamentaux, de nécessaire justification des restrictions et de proportionnalité.
Apparait ainsi une troisième fonction du droit du travail.

C. La conception de l'entreprise

Il est plusieurs manières de montrer, s'il en est besoin que le droit du travail a permis, et permet encore, de concevoir l'entreprise, comme organisation productive et contribue à déterminer son mode de gouvernement. La démonstration la plus traditionnelle consiste à scruter les dispositifs les plus connus du droit du travail pour y couvrir, ce qui s'y trouve sans peine, que nombre d'entre eux constituent de puissants instruments d'organisation de l'entreprise et de consécration des pouvoirs de l'employeur.
Une autre manière consiste à prêter attention aux discussions et prises de position qui, tout au long du XXe siècle, ont animé les scènes politiques autant que les cénacles savants à propos de la conception et du rôle de l'entreprise dans l'architecture et la dynamique du droit du travail, et à déceler les traces qu'elles ont laissées dans ce droit du travail. Il n'est pas besoin de longues investigations pour découvrir que ces traces sont souvent très profondes, jusqu'à, comme en Allemagne, où il st vrai l'entreprise est une matrice historique visible du droit du travail, dénommer un grand dispositif, loi sur « *la constitution sociale de l'établissement (ou de l'entreprise)* ».

Une troisième manière, plus contemporaine, consiste à s'intéresser aux liens si discutés entre droit du travail et compétitivité des entreprises. Un paradoxe très stimulant a été récemment formulé à ce sujet : « *la vraie compétitivité consiste à pouvoir soutenir la concurrence en payant des salaires élevés* » S'il en allait autrement la course à la compétitivité ne serait rien d'autre que la course à la pauvreté. Ce paradoxe a comme mérite d'obliger à se demander quelle productivité justifie des salaires élevés et, ainsi, à s'interroger sur la manière de rendre le travail collectivement plus productif. La clé se trouve dans le mode de gouvernement des entreprises : favorise-t-il ou non un travail collectivement plus productif ? Si le droit du travail contribue à déterminer le mode de gouvernement des entreprises, il contribue à déterminer l'efficacité d'une organisation.

En fin de compte, sans que sa contribution soit partout la même, le droit du travail donne corps à une organisation, l'entreprise, et contribue à fixer son mode de gouvernement et son efficacité.

Arrêtons là. Pour aller plus avant, il faudrait proposer quelques hypothèses sur la combinaison de ces trois fonctions du droit du travail, telle qu'elle s'inscrit dans les institutions et ses règles mais aussi dans leurs évolutions.
Mais cette enquête doit céder devant un autre impératif, celui de caractériser les secousses profondes qui atteignent le droit du travail.

II. Les commotions subies par le droit du travail

Les ébranlements que connaît le droit du travail ont au moins deux sources.

A. L'assujettissement aux politiques de l'emploi.

Le processus de soumission progressive du droit au droit aux politiques de l'emploi a commencé il y a plus de trente ans. Il a connu une accélération à mesure que les taux de chômage ont eux-mêmes cru. Ce processus ne fait pas apparaître une fonction du droit du travail. Il constitue plutôt un programme de transformation. Le droit du travail réglait la situation des hommes et des femmes au travail ; il est utilisé pour en « *donner* » à ceux qui n'en ont pas.

commandes publiques avec les responsabilités que les collectivités publiques exercent dans le domaine de la construction, notamment des écoles, des transports, de la voirie et de la propreté... Aussi la question surgit, en ce dernier tiers du XIXe siècle, de savoir s'il est admissible d'attribuer un marché de fourniture, ou, selon une terminologie qui s'imposera, une concession d'un service public, à une entreprise qui pratique des conditions de rémunération et de travail dégradantes pour ses travailleurs. Ne faut-il pas permettre, et même obliger les collectivités publiques à subordonner l'attribution à une entreprise d'un marché public au respect de salaires et de conditions de travail **normaux** ?

Après bien des péripéties, c'est en 1899 que sont adoptées, en France, les dispositions qui confèrent aux collectivités publiques les pouvoirs pour éviter que la concurrence entre entreprises soumissionnaires n'avilissent les conditions de travail et de rémunération. La concurrence, oui, mais pas au prix de salaires trop bas, et de durées du travail excessives.

Cette fonction d'encadrement de la concurrence qu'assure le droit du travail est, au cœur de la Constitution de l'Organisation Internationale du Travail. Son préambule comporte une formule bien connue :

« *La non adoption par une nation quelconque d'un régime du travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leur propre pays* »

Mais rien, sans doute, n'exprime mieux cette fonction que la découverte, puis l'essor, de la convention collective de branche (industry, catégorie, rama) destinée à circonscrire l'espace admissible de concurrence entre salariés et entre entreprises. Sa conception historique autour du salaire et du temps de travail est directement corrélée à sa fonction concurrentielle.

A cette fonction, correspond une grammaire des règles. Il n'est pas étonnant qu'elles aient pris le nom de **normes sociales**, puisque, dans la logique de la lutte contre des formes de dumping, il s'est agi d'imposer le respect de conditions de travail et de rémunération normales, c'est-à-dire pratiquées de manière régulière, et ainsi, de leur conférer une valeur normative. La norme, comme pratique observable, est devenue la norme comme modèle à suivre. Le vocable de **standards** remplit le même rôle.

Mais la vision des normes que dégage cette fonction est surtout devenue celle des **minima**. Ce que les normes fixent, ce sont des conditions au-dessous desquelles il est exclu de descendre, mais au-dessus desquelles les initiatives sont ouvertes. Cette grammaire n'est pas celle qui accompagne la seconde fonction.

B. L'émancipation des travailleurs

L'émancipation des travailleurs a d'abord appartenu aux ambitions du mouvement syndical, surtout lorsque celui-ci s'identifiait aux travailleurs en action pour se libérer de l'aliénation. L'**action collective** a été et reste donc encore la voie privilégiée par laquelle passe l'émancipation, la voie par laquelle les travailleurs forgent leur destin ou, à tout le moins, pèsent sur lui. Il arrive même que dans certains pays, telle l'Italie, la grève soit reconnue comme un droit de participation des travailleurs à la vie économique et sociale.

Mais au cours du XXe siècle la fonction libératrice du droit du travail a trouvé une autre voie d'expression, au travers de la reconnaissance des **droits et libertés de la personne** dans les lieux de travail et, plus généralement, dans les rapports du travail. On a ainsi pu parler de la « *démocratisation* » de la subordination, pour souligner que cette dernière a ou doit avoir pour contrepartie des droits d'autodétermination des travailleurs qui exigent des garanties d'exercice dans les rapports de travail. On a aussi parlé d'une citoyenneté des travailleurs dans l'entreprise. Même si l'expression a plusieurs sont possibles, l'un d'eux indique ou voudrait indiquer que les libertés et droits de la personne ne s'arrêtent pas aux portes de l'entreprise. Le travailleur peut opposer à son employeur, à ceux qui bénéficient de sa force de travail les droits attachés de son éminente dignité de personne humaine. Le mouvement ainsi évoqué constitue une dimension essentielle de ce qui a été appelé la « *constitutionnalisation* » du droit du travail.

Destin de la législation du travail

Propos d'un observateur français

Antoine Lyon-Caen
Professeur émérite à l'Université de Paris Ouest Nanterre
Directeur d'études à l'EHESS

Le Code du travail est, en France, l'objet de très vifs débats. Ici, il est dénoncé ; là il est défendu avec vigueur. Sa révision est réclamée, parfois même sa refondation.

Pour apporter quelque lumière dans ces débats, en s'éloignant de ce qu'ils ont de trop circonscrits à la conjoncture française, il importe de prendre au moins deux précautions.

La première a trait au vocabulaire. Est en débat moins le Code que la **législation du travail.** Certes la France, comme d'autres pays, s'est dotée d'un Code. Et à son origine, au début du XXe siècle, lors de la première codification du droit du travail, la revendication d'un Code propre au travail, c'est-à-dire aux rapports du travail subordonné, avait une charge particulière. Il s'agissait, pour certains de ses promoteurs de souligner une rupture nécessaire avec le Code civil, ce Code du bourgeois, propriétaire et père de famille. Mais aujourd'hui le Code du travail a surtout une fonction instrumentaire : y sont recueillies systématiquement et ordonnées, toutes les lois qui sont relatives aux rapports du travail et aux relations professionnelles. Les controverses contemporaines portent, non pas sur le Code comme contenant, mais plutôt sur le Code dans son contenu, c'est à dire la législation du travail.

La seconde précaution est le fruit de la précédente. Pour apprécier l'importance, et peut être même la gravité des controverses, il y a lieu de distinguer ce qui est mise en cause des textes eux-mêmes ce qui est affaire de légistique, mise en cause de certaines règles inférées de ces textes, et mise en cause de dispositifs entières, c'est-à-dire d'ensembles de règles et institutions. C'est à ce dernier niveau que l'analyse doit porter, si l'on s'efforce de comprendre l'économie des débats.

Encore faut-il proposer un chemin pour accéder à cette compréhension. Celui qui est tracé ici, en trois étapes, met l'accueil sur **l'histoire** et sur les **fonctions** assurées par la législation du travail, fonctions qui ne sont pas des objectifs définis par on-ne-sait-qui, mais des rôles qu'elle remplit et, qui peuvent être vérifiés par l'observation.

I. Les fonctions du droit du travail.

Faut-il rappeler que le droit du travail, en Europe de l'Ouest, est une invention récente et que l'expression ne peut être utilisée, de manière raisonnée, pour désigner une part de la législation qu'à partir de la dernière partie du XIXe siècle ? C'est à cette première période qu'apparait ce qui va constituer sa première fonction.

A. L'encadrement de la concurrence entre salarié et entre entreprises.

La fonction de régulation de la concurrence est la première qui soit identifiable. Elle est sans doute déjà à l'œuvre dans les efforts déployés par les syndicats, dans certains pays, pour contrôler l'accès aux métiers, et pour établir et imposer des « *tarifs* ».

Mais rien ne parait mieux révéler cette fonction régulatoire du droit du travail que l'effervescence que suscitent dans plusieurs pays d'Europe de l'Ouest, notamment la Belgique, l'Angleterre et la France, l'attribution des marchés publics et la situation des travailleurs qui ont la charge de les exécuter. Si l'effervescence monte, c'est en raison du poids croissant qu'acquièrent les

un peu plus de sécurité pour le travailleur. Il confirme la soumission du contrat de travail aux règles de droit commun (article 20) et fixe le nombre de renouvellement des CDD (article 26).

Il est permis également dans le projet de loi au travailleur de se faire assister non pas par un autre travailleur mais par un défenseur de son choix (article 99). L'indemnité de licenciement peut être élevée à une limite de 24 mois (article 101). De nouvelles dispositions relatives à la protection contre le harcèlement sexuel sont prévues (article 56) . L'indemnité de congé payé n'est plus en charge par l'employeur mais par un organisme spécifique (article 80).

Mais d'un autre côté, et sur le plan collectif, il a réduit le droit de grève non pas de front mais en codifiant de manière on ne plus claire le principe du non-paiement des journées de grève (article 341), alors qu'il est permis dans la législation actuelle de pouvoir négocier le paiement des journées non travaillées pour cause de grève..

Par ailleurs, il exige un vote à la majorité des travailleurs (article 351) alors que la législation actuelle permet juste la majorité du collectif concerné. L'employeur est invité par écrit à l'assemblée générale, il est entendu par les travailleurs (article 334), alors qu'il suffit, dans la législation actuelle, de l'informer par tout moyen.

Enfin, le Ministre concerné détermine la liste des domaines d'activité et les postes de travail nécessitant la mise en place d'un service minimum, les représentants des travailleurs informés (article 349), alors que dans la législation actuelle, le service minimum est déterminé par la négociation collective. Et le non-respect du service minimum est considéré comme faute lourde. D'autre part, il prive les délégués du personnel désignés au Conseil d'administration de leur voix délibératives (article 167), alors que devant le silence de la loi actuelle, la pratique leur confère ce droit. Pire, le délégué syndical élu au comité de participation doit choisir entre la « casquette » du syndicaliste ou celle du délégué du personnel.

Est-il possible, en présence de ces nouvelles règles, de pouvoir agir au niveau du conseil d'administration, organe suprême de gestion, avec une voix consultative ? Est-il possible faire grève avec le risque d'être poursuivi disciplinairement dans le cas de non-respect de service minimum ?

Souhaitant simplement que le projet de loi connaisse des assoupissements en atterrissant par devant le parlement.

vie de l'entreprise, droit à la négociation[192] .Une rupture totale est consommée avec l'ancienne législation, mais sont gardées, cependant, certaines dispositions, telles les œuvres sociales, la sécurité sociale, la prévention des risques professionnels, le salaire national minimum garanti (SNMG)…

La mise en œuvre de la nouvelle loi sociale s'est faite dans un contexte économique et sociale difficile qui n'a pas manqué d'influencer l'ensemble des acteurs sociaux dont la vision de l'avenir n'est pas forcément identique et facilement conciliable : les uns prônant plus de recul de l'Etat, les autres appelant à une implication des pouvoirs publics pour plus de protection. Elle s'est voulue, ainsi autant un instrument au service du programme de restructuration du paysage institutionnel et économique national, que fondatrice d'une nouvelle vision des rapports entre l'entreprise et ses salariés et du rôle de l'Etat en ce domaine ; cette vision consacre une démarche économique dans l'approche des relations de travail.

Toutefois, la nouvelle loi sociale a laissé un sentiment d'incompréhension mutuelle chez les protagonistes, menant à des polémiques, sinon à des impasses. En effet, le dispositif a introduit des innovations majeures dans le volet social qui ne semble pas être en rapport avec la réalité sociale. Toutes les dispositions relatives au partage du travail et au travail à temps partiel, à la formation-reconversion et aux emplois de substitution, et qui devraient concourir à faire de la compression « *une mesure ultime* », n'ont pas connu de mise en œuvre.

La nouvelle législation du travail est caractérisée par le fait qu'il n'est plus permis de gérer à partir « *d'en haut* », avec quelques-uns qui savent, pensent et décident, ceux « *d'en bas* » s'appliquant à l'exécution, Il est donc postulé que les transformations économiques et sociales, politiques et culturelles se font par la concertation et la responsabilité. Pour ce faire, elle consacre le niveau de l'entreprise comme pierre angulaire de la négociation et de régulation sociale.

Enfin, le droit du travail en constatant, semble-t-il, l'inégalité économique, a cherché à la compenser en lui opposant une inégalité juridique destinée à éviter au travailleur de subir les conséquences de la loi du marché. « *Le droit du travail est conçu ainsi comme une force d'interposition* »[193] . Ce point de vue avéré ne semble pas avoir l'aval de la cour suprême[194] . La cour suprême n'a pas été sensible à l'argument selon lequel le contrat fait la loi des parties ne pouvait s'appliquer au monde du travail. Elle a estimé qu'un contrat de travail ne pouvait se soustraire à la règle de droit commun. L'argument selon lequel l'inégalité économique pouvait se voir opposé l'inégalité juridique n'a pas été retenue.

Pourtant, la pérennité de l'employeur le rend seul responsable de toutes les ambiguïtés contractuelles. A ce titre, toutes les dispositions équivoques s'interprètent au profit du salarié. Souhaitant simplement que la haute Cour revienne à de meilleurs sentiments en constatant que le contrat de travail n'est pas signé entre deux bons pères de familles, mais entre deux personnes dont l'une est plus forte économiquement que l'autre.

Chapitre 2 : Quelles en sont les perspectives ?

Le législateur constatant cette imperfection de la loi sociale a prévu de la réformer tirant leçon des erreurs du passé.

Il a d'abord codifié toute la jurisprudence de la cour suprême en matière de relations individuelles de travail en insistant sur le principe de la flexibilité de la relation, mais en garantissant

[192] Loi 90/11 du 21/04/1990 relative aux relations de travail, modifiée et complétée.
[193] Les articles 180 à 198 du SGT n'ont pas été abrogés.
[194] M. Ray : op .cit, page 18.

Si la subordination est un critère facile à mettre en œuvre dans les contrats classiques de travail, elle devient une notion délicate à utiliser, car des salariés bénéficient de plus d'autonomie et travaillent comme de véritables indépendants mais avec une obligation de résultats[182].

Afin de comprendre ce droit dans sa richesse et sa complexité, il nous faut rappeler l'historique (chapitre 1) et en étudier les perspectives (chapitre 2).

Chapitre premier : Historique.

Le droit du travail était défini par la gestion socialiste des entreprises[183]. L'ordonnance 74/71 portant gestion socialiste des entreprises définissait le travailleur comme celui qui vit de son travail et n'emploie pas d'autres travailleurs à son profit dans l'exercice de son activité professionnelle. Il est tout à fait clair que dans cet esprit, le terme « *salarié* » est volontairement rejeté puisque la charte de l'organisation socialiste ne considérait pas le travailleur comme objet, un moyen de production dont « *le capitalisme s'efforce de tirer une plus-value*»[184], mais confond dans la même enseigne des conditions aussi diverses que celles de l'ouvrier spécialisé, l'employé, le directeur .., mais elle touche également le travailleur indépendant[185].

Cette définition fortement critiquée parce qu'elle reposait sur une séparation technique, qui n'en reflétait pas moins une séparation sociale. La séparation technique du travail à l'intérieur de l'entreprise donne naissance à la fonction de surveillance et de direction qui a pour but de coordonner le travail d'ensemble. Elle est déterminée par les effets de la société en classe. L'organisation technique du travail est porteuse de la logique de la valorisation du capital et d'une logique de domination sociale[186].

La loi 78/12 du 05/08/1978 portant statut général du travailleur (SGT) est intervenue pour écarter de son champ d'application « *les travailleurs pour leur propre compte* »[187]. Elle était vue comme un progrès par rapport à la situation qui l'a précédé. La principale caractéristique de la loi portant SGT réside « *dans l'uniformisation de la classification des postes de travail et corrélativement des rémunérations, mais elle a péché par le gel de l'évolution professionnelle des travailleurs en supprimant la possibilité de mettre en place des systèmes d'évolution des carrières* »[188].

Ces textes qui sont porteurs d'un mode de gestion des relations de travail, d'organisation des relations professionnelles et d'un système national des salaires propres à une économie planifiée ont tout de suite montré leurs limites dès l'avènement des lois relatives à l'autonomie des entreprises[189]. Ces dernières conçues dans le cadre de la libéralisation des initiatives à l'échelle des entreprises ont forcé l'adoption d'une législation de travail nouvelle se caractérisant par un net recul de l'intervention étatique directe dans l'établissement des normes au profit des partenaires sociaux pour édicter leur propre droit interne, par le biais notamment de la négociation collective. Un arsenal de textes ayant été adopté consacrant la décentralisation des politiques salariales et élargissant le champ des libertés démocratiques : liberté syndicale[190] , droit de grève[191], droit à la participation à la

---

[182] C'est le cas également pour les salariés dont les objectifs sont contractualisés.
[183] Charte de l'organisation socialiste des entreprises. FLN. Commission nationale pour la gestion socialiste des entreprises. Décembre 1975, page 10.
[184] Rabah Noureddine SAADI : La gestion socialiste des entreprises en Algérie. OPU 1985, page 206.
[185] IBID, page 211
[186] A . BENAMROUCHE : Le nouveau droit du travail en Algérie. Hiwarcom, 1994, page 8.
[187] Article 1er alinéa 5 de la loi 78/12 du 05/08/1978 relative au Statut Général du travailleur. JORA, 1978, page 532.
[188] Ahmed BOUYACOUB : La gestion de l'entreprise industrielle en Algérie, volume 1, OPU, 1987, page 180.
[189] Loi 88/01 du 12/01/1988 portant loi d'orientation sur les entreprises publiques économiques. Loi 88/02 relative à la planification. Loi 88/03 relative aux fonds de participation.
[190] Loi 90/14 du 02/06/1990 relative aux modalités d'exercice du droit syndical, modifiée et complétée.
[191] Loi 90/02 du 06/02/1990 relative à la prévention et au règlement des conflits collectifs et à l'exercice du droit de grève, modifiée et complétée.

accord collectif avec le comité de participation ? Sachant que l'administration du travail s'y oppose estimant que seul le syndicat est habilité à signer un accord collectif.

Le droit du travail est paradoxal. S'il protège le salarié, il ne peut faire abstraction de l'entreprise. Il ne vient à l'idée de personne aujourd'hui de souhaiter la disparition de ce droit, car il protège l'ensemble des intervenants pour une relation d'équilibre.

Le droit du travail est un droit diversifié. Sont apparues aujourd'hui des catégories de travailleurs dont le statut est imprécis : Les cadres dirigeants[175], les athlètes d'élite[176], le personnel navigant[177], les travailleurs à domicile[178] et les journalistes[179]. La définition classique du droit du travail comme « *l'ensemble de règles qui régissent les relations entre une personne qui s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne moyennant rémunération* » semble poser quelques problèmes. Le médecin salarié, le journaliste, le cadre dirigeant sont-ils subordonnés ou indépendants. Pour le dernier, la cour suprême a défini sa subordination : La loi 90/11 relative aux relations de travail ne s'applique pas au cadre dirigeant. Est-ce à dire qu'il perd sa qualité de salarié ? La réponse n'est pas sans incidences sur son statut. Le travailleur est affilié à la CNAS (caisse de sécurité sociale). L'affiliation est obligatoire sous peine de sanction pour l'employeur fautif. Le cadre dirigeant garde son statut de salarié, mais perd la protection qui est rattachée à cette qualité. Certaines dispositions législatives prévues par la loi 90/11 précitée ne lui sont pas applicables au regard de son statut. Les causes de cessation du contrat de travail ne sont pas identiques. Les premiers contrats de travail concernant les cadres dirigeants étaient conclus à durée indéterminée. D'autres cadres dirigeants étaient liés par des contrats non écrits. Cette procédure s'est avérée contraire au code du commerce et notamment ses articles 636, 640 et 646 qui permettent la révocation *à tout moment* du président du conseil d'administration et du directeur général. Le contrat peut fixer la procédure et les modalités de résiliation. Dans tous les cas, la procédure prévue à l'article 73 de la loi 90/11 précitée n'est pas applicable[180] .

Le droit du travail est un droit concret. La relation de travail s'analyse concrètement. Le juge n'est pas lié par la qualification de l'opération contractuelle effectuée par les parties. Il doit rechercher concrètement les différents éléments intervenus après la conclusion du contrat qui déterminent les conditions de son exécution pour localiser la subordination juridique. Il le fait en se basant sur des présomptions claires, précises et harmonieuses : reçoit-il des ordres, et sont-ils contrôlés dans leur mise en œuvre ? Est-il soumis à des horaires sur lesquels il n'a pas de prise, dans un lieu précis de travail, avec un matériel fourni par l'entreprise ? Si un seul élément n'est pas suffisant pour déterminer la subordination juridique, le regroupement de plusieurs éléments constitue un faisceau d'indices concordants de nature à fortifier la conviction de l'existence du contrat de travail.

Le juge s'attache à la réalité concrète et quotidienne. Le comportement de l'employeur est pris en considération. Celui qui déclare ses travailleurs, paye les charges de sécurité sociale (35%), délivre des attestations de travail ou des fiches de paie ne peut être qu'employeur lié par un contrat de travail. La question est d'ordre public, même l'accord du travailleur n'est pas déterminant. La cour suprême a cautionné les juges du fond qui, se basant sur une simple carte d'adhésion au syndicat d'entreprise, ont conclu à l'existence du contrat de travail[181].

---

[175] Décret exécutif 90/290 du 29/09/1990 relatif au régime spécifique des relations de travail concernant les cadres dirigeants.
[176] Décret exécutif n° 07/189 du 16/06/2007 fixant le statut de l'athlète d'élite et de haut niveau.
[177] Décret exécutif n° 09/205 du 11/06/2009 fixant le régime spécifique du personnel navigant.
[178] Décret exécutif n° 97/474 du 08/12/1997 portant régime spécifique des relations de travail concernant les travailleurs à domicile.
[179] Décret exécutif n° 08/140 du 10/05/2008 fixant le régime spécifique des journalistes
[180] Cour suprême, chambre sociale, arrêt du 16/03/2004, n° 267296, non publié
[181] M. Charfi : Droit jurisprudentiel de la relation de travail, page 6 in Institut National du Travail, La mise en œuvre du licenciement individuel. Journée d'étude, Aurassi le 21/04/2003.

Le droit du travail en Algérie : Constat et perspectives

Noureddine BENCHEIKH

Université Amine DEBAGHINE

Sétif -Algérie

Jusqu'à une époque récente, le travail n'a pas bénéficié d'une image très valorisante, il n'était pas synonyme d'épanouissement puisque la vie ne commence qu'avec le loisir ou le repos.

Pendant longtemps, l'entreprise était considérée comme un lieu d'exploitation pas d'épanouissement. Un adage bien de chez nous disait : « *le travail est destiné à l'espèce à quatre pattes*.» L'être humain devrait s'épanouir.

Mais depuis quelques années, notamment depuis les grandes réformes de réajustement économique (liquidation d'entreprises, « *dépermanisation* », plans sociaux entraînant des licenciements collectifs et des départs volontaires). Cette vision négative tend à s'atténuer. Les « *gens de bras* » sont mieux considérés que « *les buveurs de soleil* ». Le chômage a fait redécouvrir à certains une valeur certaine au travail. Le travail devient une nécessité alimentaire, un moyen d'exister, d'être reconnu dans la société. Il faut, en effet, constater que contrairement à un travailleur, le chômeur ne bénéficie d'aucune couverture sociale, notamment ceux qui sont en fin de droits.

L'élargissement du seuil de pauvreté est fortement corrélé à l'accroissement du chômage : Plus il y a du chômage et plus il y a de pauvres. Une étude du CNES démontre que la question de la pauvreté se pose, en Algérie, d'abord, en terme d'accès à l'emploi, plus qu'en termes de pouvoir d'achat[173].

Mais qu'en est-il exactement ? Dans les termes « droit du travail », il y a avant tout le « droit » c'est à dire le moyen d'apporter les solutions aux problèmes qui se posent pour le travailleur d'abord, licencié abusivement. L'employeur pourrait-il, s'agissant d'un représentant des travailleurs, indemniser et refuser sa réintégration ordonnée par le tribunal. L'employeur pourrait-il « acheter » le statut d'ordre public du travailleur protégé ? La question n'est pas sans intérêt. On assiste aujourd'hui à des licenciements de travailleurs protégés. Le plus médiatique des syndicalistes, secrétaire général du syndicat des douanes affilié à l'UGTA a fait l'objet d'une mesure de suspension sans que l'on ait pensé ou voulu poursuivre l'auteur de la mesure disciplinaire pour délit d'entrave à l'exercice du droit syndical. Certains employeurs n'hésitent plus à licencier des représentants du personnel sans que les inspecteurs du travail territorialement compétents ne réagissent. Mieux, ils refusent d'intervenir dans le conflit sous prétexte que la loi ne leur permet pas de le faire. A une demande émanant du Président du comité de participation licencié, demandant l'établissement d'un PV d'infraction pour entrave au bon fonctionnement du comité de participation, l'inspecteur du travail répond par la négative[174].

Pour l'employeur ensuite, confronté aux tracasseries de la législation du travail qui pèche souvent par son silence. En l'absence de représentants syndicaux, l'employeur pourrait-il conclure un

[173] Plan national de lutte contre le chômage. CNES, Février 1998, page 3 et suivants.

[174] Inspection régionale du travail de Sétif (Algérie), correspondance n°147 du 28/09/2005 par laquelle elle justifie sa passivité par le fait que l'article 151 de la loi 90/11 relative aux relations de travail n'exige pas l'établissement de PV d'infraction et qu'il appartient au travail de mieux se pourvoir. Pourtant cetarticle dispose que « *toute entrave à l'exercice des attributions du comité de participation ou de ceux des délégués du personnel … est puni d'une amende de 5.000 à 20.000 DA et d'un emprisonnement de un (01) mois à trois (03) …* »

Réforme pour le travail, l'emploi et l'économie. Les enjeux politiques du début du XXe siècle n'ont pas pris une ride : le cheminement parlementaire du projet de loi et de la future refondation, certes moins tortueux qu'aux temps de la IIIe République, sera semé d'embûches. Comme l'ont été d'autres tentatives de véritable réforme du code du travail, le processus engagé pourrait se heurter à une opposition suffisamment organisée qui le tiendrait en échec. Au-delà de ces questions de méthode, c'est surtout la motivation des réformateurs qui saisit tant elle est fondamentalement différente de celles qui guidaient les précédentes revendications de réforme.La nouvelle architecture proposée, fortement inspirée des propositions de J.- D. Combrexelle d'une part[163], de J. Barthélémy et G. Cette d'autre part[164], repose sur une triple finalité : il faut « *mieux concilier, au nom de la promotion de l'emploi, efficacité économique et protection du travailleur* »[165].

À l'analyse de ces fondements, et non sans un brin de provocation, on pourrait se demander si la refondation du code du travail ne devrait pas s'accompagner d'un changement d'appellation du code : s'agit-il toujours d'un code du travail ou est-on en train d'élaborer un code de l'emploi et du développement économique ? Le changement d'objet de la législation du travail[166] a été dénoncé tant il est désormais fréquent de n'envisager le droit du travail que par le prisme de l'emploi et du marché du travail, à n'y voir qu'un droit du marché de l'emploi[167]. Là n'est probablement pas le plus troublant.

La recodification réformatrice annoncée repose sur un esprit diamétralement opposé à celui qui guidait les défenseurs d'une véritable réforme à l'occasion des précédentes codifications. Jaurès, Groussier et Pic pour la première, Durand et Lyon-Caen pour la seconde[168], espéraient une véritable codification qui construise un code du travail dont le travail demeurait le centre névralgique[169]. Les conditions du développement économique des entreprises leur étaient en grande partie indifférentes. Avant la recodification de 2008, des arguments de nature économique sont avancés ici ou là pour guider la refonte. Un élan d'une tonalité différente promeut en effet la thèse selon laquelle un code du travail comportant une « *réglementation trop détaillée (…) nuit au développement de l'activité, et donc à l'emploi des salariés* »[170]. L'argument n'était alors pas parvenu à convaincre, la compilation avait résisté à la réforme. L'obstacle idéologique semble aujourd'hui avoir été levé[171]. Cela aboutit à ce que les courants qui s'opposaient à une codification réformatrice en 1910 et 1973 la réclament aujourd'hui à grands cris. Permise par le pernicieux changement d'objet du droit du travail, la polysémie du terme « réforme » joue ici à plein, signifiant hier une refonte constructive, aujourd'hui une refondation destructrice[172].

La question économique a obtenu, à chaque étape de la codification, que l'œuvre codificatrice soit limitée à une simple compilation. Son influence s'étant étendue, elle est en passe d'obtenir ce qu'aucune des recodifications antérieures n'avait permis, à porter une véritable réforme du droit du travail, dont il n'est toutefois plus question qu'elle soit synonyme de progrès social pour les salariés

---

[163] J.- D. Combrexelle, *La négociation collective, le travail et l'emploi*, France stratégie, sept. 2015

[164] J. Barthélémy, G. Cette, *Réformer le droit du travail*, préc.

[165] Ibid, p. 23.

[166] Même s'il est bien connu que l'ambivalence du droit du travail vise depuis toujours à prendre en compte les intérêts des entreprises, A. Jeammaud, « Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail », *Dr. soc.* 1978, p. 337.

[167] P. Lokiec, *Il faut sauver le droit du travail*, éd. O. Jacob, 2015 ; A. Perulli, « Un nouveau paradigme pour le droit du travail », *RDT* 2015, p. 732.

[168] La question économique, moins audible, n'a jamais été étrangère aux débats sur la codification, v. Hordern, « Codification ou compilation… », préc., p. 249.

[169] Plus récemment, à l'égard de la politique du travail davantage que s'agissant du code, v. A. Supiot, « Fragments d'une politique législative du travail », *Dr. soc*. 2011, p. 1151.

[170] M. de Virville, *Pour un code du travail plus efficace*, préc.

[171] T. Sachs, *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, LGDJ, 2013.

[172] Les propos du Professeur Oppetit, qui montrait la tendance à la décodification de tout ce qui touchait à l'économique, résonnent avec une grande intensité, v. B. Oppetit, « La décodification du droit commercial français », préc.

B – Recodifier (ou refonder) en faveur du développement économique ?

De la codification formelle à la refondation matérielle. Le 26 mars 2016 a été présenté en Conseil des ministres un projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs, dont le premier titre s'intitule « Refonder le droit du travail et donner plus de poids à la négociation collective » et comporte un chapitre premier intitulé « Vers une refondation du code du travail ». Le terme refondation est peu courant dans le langage juridique[158]. « *Action de fonder de nouveau* » pour le dictionnaire Littré, la refondation, l'action de refonder le code du travail vise donc à le « *reconstruire sur des bases, des valeurs nouvelles* »[159]. Si le gouvernement évite soigneusement l'emploi des termes codification ou recodification, c'est très certainement à dessein[160]. D'abord parce que l'engagement d'un processus avoué de recodification moins de huit ans après la précédente codification pourrait sembler bien saugrenu à l'observateur non averti. Ensuite parce que le terme « refondation » laisse deviner une entreprise bien différente des ompilations antérieure : refonder, n'est-ce pas reprendre le fond bien davantage que la forme ?

Les principes directeurs de cette recodification qui ne dit pas son nom commencent à se dessiner : il s'agit de réformer l'architecture interne du code du travail tout en conservant son plan d'ensemble. Chaque section du code du travail serait destinée à être découpée en trois divisions, une première consacrée aux règles légales d'ordre public auxquelles il n'est pas permis de déroger, une deuxième définissant les domaines dans lesquels la négociation collective d'entreprise par priorité peut déroger à la loi et une troisième comportant des dispositions supplétives applicables à défaut d'accord. Le second chapitre du titre I du projet de loi, relatif au temps de travail, illustre le découpage qui pourrait être celui du futur code refondé.

Il n'est plus ici question d'accessibilité, d'intelligibilité, de simplification technique du code du travail, ce qui témoigne d'ailleurs que ces objectifs sont réputés acquis par le jeu de la précédente recodification. L'objectif tend à démultiplier les domaines dans lesquels le droit du travail serait confectionné au plus près des entreprises et de leurs salariés, « *de transférer la production des normes du national étatique vers le local négocié* »[161]. Même si les principes directeurs issus de la commission présidée par R. Badinter ont été érigés à « droit constant », la refondation du code du travail ne respectera pas ce procédé. À partir de l'exemple tiré du temps de travail dont l'architecture a été présentée[162], seules les dispositions supplétives reprendront globalement le droit constant. Pour le reste, l'ouverture à la négociation collective d'entreprise et la redéfinition de l'ordre public en droit du travail devraient entraîner un profond chamboulement des règles applicables aux salariés et entreprises qui parviendront à conclure des accords.

Il est alors frappant d'imaginer que la prochaine refondation du code du travail pourrait ne pas échouer à réformer l'ouvrage, ne pas se contenter d'une recompilation : la quatrième tentative sera la bonne ! Il convient toutefois de ne pas se réjouir trop vite de ce succès annoncé.

---

[158] J. Barthélémy, G. Cette, *Réformer le droit du travail*, éd. O. Jacob, 2015, pp. 23 et s. qui préconise une « refondation du droit social ». V. également, des mêmes auteurs, *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*, La documentation française, 2010.

[159] Dictionnaire Larousse de la langue française, 2015, v° « *refonder* ».

[160] L'exposé des motifs du projet de loi, sans recourir au terme de codification, est fort clair : les principes essentiels du droit du travail dégagés par le comité présidé par R. Badinter « *serviront de base à une réécriture du code selon une nouvelle architecture en trois parties* ». V. le *Rapport du Comité chargé de définir les principes essentiels du droit du travail*, janv. 2016, sous la prés. de R. Badinter.

[161] Ch. Radé, « Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : vers la "refondation" du Code du travail ? », *Lexbase hebdo* n° 650, éd. soc., 2016.

[162] V. notre présentation, « Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs : dispositions relatives au temps de travail », *Lexbase hebdo* 2016, éd. soc., n° 650.

puissent ne pas ressortir du domaine strict du droit du travail[156]. Au-delà des réserves qu'une telle approche suscite, elle n'aurait qu'une incidence mineure sur la taille du code du travail.

Enfin, la délégation aux partenaires sociaux du soin d'appliquer ou d'aménager les règles légales, sans qu'il s'agisse ici de discuter de son opportunité au fond, aura nécessairement pour conséquence de faire encore augmenter la taille du code du travail, comme le chapitre consacré au temps de travail du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs actuellement discuté au Parlement l'illustre. Le choix d'une décentralisation et d'une privatisation de la norme du travail et le procédé choisi par le législateur impliquent que soient systématiquement visés les champs ouverts à la négociation et prévues des règles supplétives destinées à servir de filet de sécurité en l'absence d'accord. Au moins en apparence, la législation sera donc dédoublée. Même en faisant un effort d'imagination pour admettre que l'externalisation de la norme puisse avoir une influence positive sur le volume du code du travail, l'accès aux règles applicables aux relations de travail s'en trouverait fortement entravé et l'effort d'accessibilité (et d'intelligibilité ?) déployé en 2008 serait en grande partie anéanti.

Ni la synthèse autour des principes fondamentaux et la diérèse consécutive des dispositions à caractère réglementaire, ni l'exérèse de dispositions prétendument superflues ou destinées à être élaborées par les partenaires sociaux ne seraient susceptibles d'alléger le code du travail.

Simplification et sécurité juridique. Un second argument est apparu dans les débats sur la codification du travail : la simplification du code du travail aurait pour vertu de renforcer la sécurité juridique de ses usagers.

L'objectif de sécurité juridique, quoique non formulé en ces termes, était déjà brandi face aux incertitudes judiciaires du début du XXe siècle et on le retrouve à chaque étape de la codification[157]. A tout le moins, l'argument est paradoxal. Si la sécurisation des rapports juridiques peut s'élever d'un code, c'est à la condition qu'il énonce des règles claires, complètes et détaillées dont l'interprétation judiciaire n'est pas nécessaire ou, au moins, sera limitée. Juguler l'interprétation judiciaire impose que la loi envisage au plus près le plus grand nombre de situations juridiques pouvant se présenter au juge, que le code ne s'intéresse pas qu'au général pour prévoir le particulier. Réduction du volume et sécurité juridique sont alors pleinement contradictoires : on veut un code léger mais complet, un code simple mais dont les concepts sont précis.

Le résultat ne serait pas davantage compatible avec la sécurité juridique s'il s'agissait de restreindre le code à un énoncé de principes fondamentaux ou, comme l'orientation a été prise, d'accroître le nombre de cas dans lesquels la loi n'est que supplétive. Dans un cas comme dans l'autre, l'interprétation judiciaire serait en permanence nécessaire, par l'effet d'une part de la généralité des principes fondamentaux qui n'ont pas vocation à encadrer précisément chaque situation, en raison d'autre part de la complexité, sans commune mesure à celle de la loi, des compromis issus de la négociation collective de travail.

Une simplification du code du travail ne répondrait plus seulement à l'idée de parvenir à un ensemble complet, cohérent et prévisible. Il ne s''agirait plus de plus de remodeler la forme du code, comme cela a été l'objet de chacune de nos compilations, mais bien de s'intéresser à une réforme profonde du droit du travail. D'autres arguments que l'intelligibilité et l'accessibilité se cachent derrière cette finalité de simplification, principalement d'ordre économique.

[156] En ce sens, G. Lyon-Caen, préc.

[157] S. Rudischhauser, « A la recherche de la sécurité juridique. Justice du travail et codification du droit du travail en France et en Allemagne, 1890-1914 », in *La codification du travail sous la IIIe République*, préc., p. 53

et même qu'il forme, si cela est possible, un véritable système. Ces objectifs, qui ont toujours été présents à des degrés variables dans l'esprit des codificateurs, ont toutefois été biaisés par le passage du temps et l'on a vu apparaître d'autres finalités conférées au travail de codification. Il est ainsi parfois exigé du travail de codification du travail qu'il assure un objectif de simplification du droit (A), ce qui caractérise les prémices d'une transformation du code qui ne sera plus seulement un outil juridique ou politique, mais également un outil d'ordre économique (B).

A – Recodifier pour simplifier ?

La simplification de la législation ouvrière hier, du droit du travail aujourd'hui, a toujours été annoncée comme un des objectifs de la codification du travail. L'adoption d'un nouveau code fait « *disparaître des lois du travail les défauts de l'ancienne législation et donne naissance à un droit nouveau, plus simple et techniquement parfait* »[148]. La simplification a toutefois été principalement entendue dans le sens que lui donnera le Conseil constitutionnel en 1999, comme une simplification technique destinée à rendre l'ensemble plus facile d'accès et mieux compréhensible[149]. Par idéologie, une autre conception du code du travail s'est peu à peu fait jour, celle d'un code plus léger, plus simple non par sa rédaction ou son organisation, mais plutôt par son contenu[150]. Le code du travail est présenté comme l'effigie d'un droit du travail jugé trop complexe : il faudrait restreindre le nombre de règles qu'il comporte, en réduire le volume.

Recodifier, une affaire de volume ? La question du volume de la législation ouvrière est déjà présente dans les débats précédant l'adoption du code de 1910. En 1901, l'économiste Gustave de Molinari écrit ainsi, à propos de la récente création de la commission de codification des lois ouvrières, que ces lois « *se multiplient en effet tous les jours, et leur code finira par dépasser, en volume, le code civil et le code pénal* »[151]. Le code du travail de 1973 est marqué par sa « *lourdeur* »[152] et ce n'est pas une simple « *remise en forme* »[153] qui en est demandée mais une véritable cure d'amaigrissement[154]. La recodification de 2008 n'a évidemment rien arrangé à cette affaire de volume puisque le découpage du code selon le principe « un article, une idée » implique une démultiplication du nombre d'articles. Ce souhait exprimé d'une recodification-simplification doit être mis en parallèle de deux arguments dont l'un est en partie fallacieux, l'autre quasiment contradictoire.

Le premier argument s'appuie sur l'article 34 de la Constitution de 1958 qui réserve au législateur le soin de fixer les seuls principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical. Sans trop d'audace, on peut admettre que le législateur français s'est souvent intéressé, au-delà de sa compétence, à des réglementations de détail ou d'application éloignées des principes fondamentaux[155]. Est-ce à dire pourtant qu'un meilleur respect des compétences constitutionnelles aboutirait à une réduction, à une simplification du code du travail ? Cela n'est évidemment pas le cas puisque le déclassement de dispositions législatives au niveau réglementaire n'aurait pas pour conséquence de les extraire du code du travail mais seulement d'en modifier la place dans le plan.

On pourrait à la rigueur admettre que certains pans entiers du code du travail, relatifs à l'indemnisation du chômage ou à l'encadrement des groupements professionnels par exemple,

---

[148] P. Durand, préc., p. 65.
[149] M. Véricel, préc.
[150] P. Lokiec, « Les idéologues de la simplification », *Sem. soc. Lamy* 2015, n° 1677.
[151] G. de Molinari, Chronique, *Journal des économistes* 1901, p. 487. V. également P. Durand, préc., p. 62.
[152] A. Jeammaud, « La codification en droit du travail », *préc*., p. 167.
[153] G. Cornu, *Pour une remise en forme de la codification du droit du travail*. Doc. française, 1981.
[154] Et l'on propose, déjà, la réduction du code du travail à un ensemble d'une centaine d'articles, v. J. Dughera, C. Lenoir, M. Ricochon, C.-E. Triomphe, « L'inspection du travail en quête d'une nouvelle légitimité », *Dr. soc.* 1993, p. 138.
[155] Même s'il est certainement difficile de faire un tri objectif entre ce qui relève du domaine de l'un et de l'autre, v. V. A. Jeammaud, « Un code allégé ? », *Dr. soc.* 1993, p. 638.

très net de permettre l'absorption des législations futures[142]. L'accumulation démesurée, dans un temps de plus en plus court, de textes nouveaux met toutefois en péril la construction globale, ce qui est d'autant plus fâcheux que l'on soupçonne le « stroboscope » d'avoir été délibérément allumé[143]. Plus solide, le code de 2008 semble toutefois apte à résister au déferlement. La refondation programmée ne lui offrira pas le temps de le démontrer[144].

Un droit du travail accessible et intelligible. La dernière réussite très claire de la codification du travail, elle aussi acquise par touches successives et aboutie par la recodification de 2008, est celle de l'accessibilité, de l'intelligibilité et de la lisibilité du code du travail. Cette affirmation peut paraître paradoxale tant les discours politiques et médiatiques du début de ce siècle attaquent précisément le code sur le terrain de son accessibilité. Le procès est injuste et le réquisitoire profondément hypocrite.

Après le temps nécessaire aux basochiens pour s'acclimater au nouveau code, qui peut encore sérieusement dire, parmi les juristes du travail, que le code de 2008 est moins facile d'accès ou plus illisible que son prédécesseur ? Nous ne donnerons que quelques exemples parmi les améliorations notoirement apportées au code du travail.

Le plan du code a été chahuté pour son approche qui n'est, cela est vrai, pas très cohérente sur le plan thématique[145]. D'un point de vue didactique, en revanche, celui-ci est d'une clarté remarquable et il est bien rare que l'on ne puisse identifier, sans même ouvrir l'ouvrage, dans quelle partie une règle prendra sa place. La simplicité d'accès est renforcée par deux choix fondamentaux dans la numérotation des articles, celui d'abord de faire concorder les chiffres avec les divisions du plan du code, celui ensuite d'avoir harmonisé les numérotations des articles législatifs et réglementaires. Concrètement, cette opération réduit grandement le nombre de passages obligés par l'index proposé par les éditeurs et rend la consultation du code beaucoup plus agile. Le découpage des articles, parfois d'une longueur de plusieurs pages imprimées dans l'ancienne codification, est-elle aussi d'une remarquable praticité, sans compter qu'elle facilite grandement la compréhension de textes qui, même s'ils demeurent complexes pris séparément, étaient indéchiffrables lorsqu'ils étaient regroupés.

Les citoyens, salariés ou employeurs, n'ont probablement pas tiré le même bénéfice de cet effort d'amélioration de la lisibilité du code. La simplification technique, qui répond à l'idée d'accessibilité et d'intelligibilité du droit, mérite tous les égards[146]. Toutefois, si l'on admet qu'elle soit insuffisante, est-ce imputable au code du travail ou à la législation du travail, au contenant ou au contenu ? Le droit du travail est congénitalement complexe parce qu'il est le fruit de compromis, la marque de multiples paradoxes et qu'il en résulte une véritable réversibilité. Il est vrai qu'il est plus simple de s'attaquer au symbole d'unité plutôt qu'à la complexité du droit du travail lui-même.

Simple recueil de textes compilés, le code du travail a l'immense vertu d'incarner le droit du travail et d'en organiser la législation aussi lisiblement qu'il le peut. Dans cette optique, des améliorations peuvent toujours y être apportées avec le soutien des juristes du travail à qui il tient à cœur d'en prendre soin[147]. On perçoit toutefois, au fil des recodifications successives, que les objectifs poursuivis évoluent pour s'éloigner de ceux habituellement prêtés à la technique de la codification.

II. Mutation des objectifs de la codification du travail

Les principaux objectifs de toute codification résident dans le souhait de regrouper l'ensemble des législations adoptées dans une branche du droit et que ce rassemblement soit organisé, structuré

[142] F. Favennec-Héry, « Recodification et inconstance du droit du travail », *Sem. soc. Lamy* 2010, suppl. n° 1472, p. 106.
[143] E. Dockès, « Le stroboscope législatif », *Dr. soc.* 2005, p. 835.
[144] Le code du travail de 2008 était destiné à permettre l'adaptation du droit du travail pour les « vingt ou trente prochaines années », on en est malheureusement bien loin, v. Ch. Radé, « Recodifier le Code du travail », préc.
[145] B. Teyssié, préc.
[146] M. Véricel, « Que faut-il entendre par simplification du droit du travail ? », *Dr. soc*. 2015, p. 833.
[147] Ch. Radé, « Le retour en grâce des juristes », Dr. soc. 2015, p. 381.

« réglementations » de police du travail, relevant du droit public, et n'avait donc pas sa place dans le code civil dont l'objet est d'encadrer des relations d'ordre privé. Le choix entre l'une et l'autre de ces propositions pouvait se résumer à l'idée bien connue selon laquelle le centre de gravité du droit du travail peut être le contrat de travail ou le statut des travailleurs.

Ce que les tenants de la conservation d'un droit civil non socialisé ignorent en obtenant que le code civil ne soit pas rénové, c'est qu'ils créent les conditions d'une « décodification » du code civil[134], le terreau d'un processus d'autonomisation du code du travail et, par voie de conséquence, du droit du travail dans son ensemble. La mise en place d'un code du travail tient une place de choix parmi l'émergence d'institutions, de concepts et de principes spécifiques au droit du travail qui aboutiront à son particularisme[135]. La pacification des rapports entre le droit civil et le droit du travail nécessitera plusieurs décennies[136], mais elle trouvera une traduction tout à fait éclatante dans l'aboutissement, au début du XXIe siècle, d'un code du travail dont les concepts propres se sont très souvent distingués de ceux du droit civil des contrats[137].

Capacité d'adaptation et de résistance au temps. L'accélération du travail de codification ne doit-elle pas interroger sur la faculté du code du travail à accueillir les réformes nouvelles ? De façon étonnante au regard du nombre de recodifications engagées ou abouties, le code du travail dont on a fêté le centenaire en 2010 s'illustre par sa capacité de résistance à l'écoulement de temps[138]. S'il s'érode, ce qui justifie qu'il soit régulièrement entretenu, le code est parvenu à s'adapter aux évolutions politiques, aux crises économiques ou aux progrès techniques.

Le code du travail a réussi sans aucune difficulté à refouler les craintes exprimées aux origines d'un risque de « cristallisation » de la législation sociale[139]. La codification éternelle, gravée dans le marbre, peut être regardée comme un mythe, mais plus certainement encore comme une voie sans issue[140]. La vitalité des processus de recodification et l'intégration de plus en plus efficace des législations sociales nouvelles au fur et à mesure de leur adoption, particulièrement depuis 2008, montrent la stabilité globale de l'édifice quand bien même l'ameublement intérieur doit régulièrement être rafraichi.

Il est par ailleurs remarquable que le défaut souligné des codifications, simples compilations, se muent en atout lorsqu'il est question d'apprécier la stabilité globale de l'ouvrage. Chacune des compilations a permis d'éviter toute rupture brutale dans le processus de construction du droit du travail. Le juge a tenu un rôle essentiel dans cette stabilité en garantissant, à chaque étape, une continuité de l'interprétation des dispositions du code[141].

Si le droit du travail ne s'est donc pas figé par sa codification, il a fallu lui permettre d'accueillir les législations nouvelles. Sur cette question, la codification de 2008 semble se distinguer de celles de 1910 et de 1973 dont nous avons vu qu'elles n'étaient pas parvenues à tenir cet objectif. La recodification de 2008, son plan et la numérotation de ses articles, a été mise en œuvre avec l'objectif

---

[134] Selon l'expression empruntée à B. Oppetit, qui embrasse bien plus largement que la seule question de la législation du travail, v. B. Oppetit, « La décodification du droit commercial français », in *Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1982, p. 197.
[135] P. Durand, « La codification du droit du travail », préc., pp. 70-72.
[136] Encore insuffisante pour Lyon-Caen en 1966 (G. Lyon-Caen, « Faut-il refaire un code du travail ? », préc., spéc. p. 34), elle parvient à maturité au crépuscule du XXe siècle.
[137] Sur l'inaptitude du droit des contrats à encadrer le contrat de travail, v. A. Supiot, « Pourquoi un droit du travail », *Dr. soc*. 1990, p. 485.
[138] G. Couturier, « Le code du travail a cent ans ! », préc.
[139] F. Hordern, « Le code du travail et de la prévoyance sociale. Premier code : 1901-1927 », préc., p. 46.
[140] P. Durand, préc., p. 66.
[141] Après 1973, v. Cass. soc., 22 mai 1975, *Bull. civ*., V, n° 68 ; après 2008, v. Cass. soc., 29 avril 2009, *Bull. civ*. V, n° 105, *Dr. soc*. 2009, p. 776, note Ch. Radé.

cohérence des textes rassemblés. Les lois assemblées étaient applicables à des domaines fort variés, parfois à l'industrie, parfois aux commerces, tantôt aux petits ateliers, tantôt aux grandes usines. Des lois différentes et accolées les unes aux autres sans articulation ou cohérence intéressaient parfois les enfants, parfois les travailleuses, parfois l'ensemble du salariat[129]. Le code du travail n'était qu'une « *mosaïque* » grossière dont l'artiste aurait oublié qu'il s'agissait d'en tirer une œuvre harmonieuse[130].

Peu à peu, c'est la prolifération de texte qui va nuire à toute approche systémique du code du travail. Le plan du code de 1973 est fort bien construit, sans que les différents livres qui le composent ne paraissent se recouper. Les difficultés liées à leurs champs d'application n'ont toutefois pas été réglées et le code mêle dispositions applicables à certains métiers (Livre VII), dispositions applicables au seul secteur privé, au secteur privé chargé de missions de service public, voire pour certaines parties à la fonction publique elle-même. L'absence de correspondance entre les articles législatifs (L.) et réglementaires (R. et D.) renforce le sentiment de complexité qui confine à l'incohérence et il fera partie des objectifs de la commission de recodification des années 2000 de réordonner la numérotation des articles.

Des efforts notables ont été réalisés à l'occasion de la deuxième recodification, le plan a été refondu, les textes structurés selon le principe « un article, une idée », la numérotation harmonisée, etc. Des critiques virulentes n'en ont pas moins immédiatement suivi l'annonce du plan choisi montrant, par des arguments différents d'ailleurs, que la structure d'ensemble ne pourrait que difficilement être cohérente et aboutir à une construction systémique[131]. Le code du travail de 2008 ne parviendra pas, lui non plus, à faire disparaître toutes les difficultés liées à ses multiples domaines d'application[132].

Cela ne fait pas l'ombre d'un doute, les codifications successives du travail n'ont pas brillé par leur esprit réformateur. Si toutes les codifications des lois du travail se sont opérées à droit constant, a-t-on jamais véritablement codifié le droit du travail ? Il serait injuste de s'arrêter à cette conclusion tant d'autres réalisations ont permis au code du travail de prendre corps.

B – L'incarnation des codifications du travail

À défaut d'être profondément ambitieuses, les refontes successives du code du travail ont permis le rassemblement du droit du travail au sein d'un ensemble construit, qui ne souffre plus guère de lacunes et qui semble apte à accueillir les évolutions futures. Les codifications du travail peuvent se targuer d'autres aboutissements qui donnent leur véritable consistance à l'ouvrage, par la contribution à la naissance et à la consolidation d'une branche du droit spécifique, mais également par l'aptitude du code du travail à résister à l'écoulement de plus en plus rapide du temps juridique.

Codification et émergence du droit du travail. Parmi les débats ayant entouré l'élaboration du code du travail de 1910, un désaccord majeur a opposé ceux qui souhaitaient une réforme du code civil intégrant la législation ouvrière à ceux favorables à l'élaboration d'un code distinct[133]. Les premiers soulignaient que le champ d'application de la législation ouvrière dépendait étroitement du contrat de louage de services et que la régulation de ce contrat, de sa conclusion à son extinction, devait ressortir du code civil comme cela est le cas pour tout autre contrat spécial. Les seconds avançaient cependant que la législation ouvrière du début du XXe siècle était essentiellement composée de

[129] V. Viet, préc.
[130] H. Capitant, P. Cuche, *Précis de législation industrielle*, Dalloz, 5e éd., 1939, p. 19.
[131] V. en particulier B. Teyssié, « Un nouveau code du travail : quel résultat », préc. ; E. Dockès, « La décodification du droit du travail », Dr. soc. 2007, p. 388.
[132] V par ex. J. Chorin, « Le nouveau Code du travail et les personnes publiques employant des personnels de droit privé », *RJEP* 2010, n° 680, p. 2.
[133] P.Y. Verkindt, L. Bonnard-Plancke, « La réception de la question sociale par la doctrine juridique civiliste au tournant du siècle, in *Les acteurs de l'histoire du droit du travail*, ouv. coll. sous la dir. de J.- P. Le Crom, Rennes, PUR, 2004, p. 23. Sur les enjeux politiques du choix, v. M. Lucas, « Ouverture », préc.

activités professionnelles soumises au code, que des législations sociales qui en sont exclues. Sur le plan professionnel d'abord, on sait que des secteurs entiers de l'activité professionnelle salariée resteront longtemps à l'écart du champ du code du travail, aux premiers titres desquels figurent les règles applicables aux travailleurs des mines[121] et aux gens de mer[122]. Sur le plan des législations sociales applicables aux travailleurs salariés, plusieurs lois emblématiques n'ont pas été codifiées. Cela concerne notamment toute la législation relative à l'assistance et à l'assurance sociale qui est alors encore sous l'emprise du droit du travail, négligence qui a rétrospectivement contribué à l'émergence d'un droit de la protection sociale autonome du droit travail. La loi du 9 avril 1898 sur les accidents de travail, en particulier, n'est pas reprise au cours de la codification.

L'intégration au code du travail de lois éparses non codifiées était absolument indispensable en 1973. Des textes variés et aussi importants que ceux relatifs à la délégation du personnel, au comité d'entreprise, au comité d'hygiène et de sécurité, au SMIC ou encore à la grève n'y figuraient pas[123]. Si l'on fait exception des régimes spéciaux – marins, mineurs ou travailleurs des DOM-TOM[124], le code de 1973 réussit mieux que son prédécesseur à intégrer la législation en vigueur. Le regroupement opéré demeure toutefois imparfait, parce que certaines questions sociales n'ont pas encore été traitées par le législateur[125]. Plus que son inaptitude à intégrer le droit en vigueur, c'est plutôt son incapacité à intégrer les lois ultérieures qui démontre l'imperfection du code du travail de 1973.

Le code de 2008 a pris en considération l'obsolescence très rapide de la précédente codification en adoptant un plan et une numérotation d'articles dont l'objectif est précisément de pouvoir accueillir plus aisément les législations nouvelles. L'objectif d'universalité disciplinaire y est presque atteint : des statuts particuliers subsistent dans d'autres codes[126] ou dans quelques lois spéciales[127], mais il ne s'agit plus que de dispositifs très spécifiques, qui ne dérogent généralement pas à l'ensemble du code du travail mais à quelques règles particulières seulement, par exemple en prévoyant des contrats de travail spéciaux. On doit également remarquer, même si l'on manque encore un peu de recul sur la question, qu'à l'exception de dispositions expérimentales, l'ensemble des lois intéressant le droit du travail et promulguées depuis 2008 ont été scrupuleusement intégrées au code, ce qui démontre que la structure retenue le permettait mieux que celle de 1973. Cette structure ne répond pas, pour autant, à toutes les attentes qui étaient placées en elle.

Structure dépourvue d'esprit de système. Les trois codifications successives ne sont qu'agglomérats de textes dont il n'a que rarement pu être reconnu qu'ensemble ils puissent former un système construit et convenablement organisé.

Le défaut le plus marquant du code de 1910, en la matière, ne relève probablement pas de son plan dont on signale toutefois qu'il comportait des parties entièrement vides[128], mais du manque criant de

---

[121] M. Fontaine, « La législation minière : un cas particulier dans le processus de codification du travail ? », in *La codification du travail sous la IIIe République*, préc., p. 101.

[122] O. Vernier, « Les étapes de la codification du travail maritime sous la Troisième République (1898-1938) », in *La codification du travail sous la IIIe République*, préc., p. 113.

[123] F. Hordern, « 1973. Le deuxième code du travail », préc. , p. 53.

[124] Loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952 instituant un code du travail dans les territoires et territoires associés relevant des ministères de la France d'Outre-mer.

[125] G. Lyon-Caen, préc., évoque notamment la question de l'encadrement du pouvoir de direction dont certains éléments ne seront encadrés par la loi que vingt ans plus tard à la suite du rapport de 1991 sur les libertés publiques et l'emploi.

[126] Code rural, code des transports, code de l'action sociale et des familles, etc.

[127] En particulier dans les lois s'étant substituées au code du travail d'outre-mer qui ne reste plus aujourd'hui applicable qu'à Wallis-et-Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises.

[128] V. Viet, « Le décodage d'une codification », in *La codification du travail sous la IIIe République*, préc., p. 25. Moins sévère le temps passant, P. Pic écrivit en 1928 que « *le dernier né de nos codes a cessé de mériter le qualificatif de trompe-l'œil (…). Tel qu'il nous apparaît en 1929, le code du travail, assurément n'est pas encore complet (…). Malgré tout, le plan d'ensemble s'affirme et l'armature édifiée un peu prématurément en 1910-1912 se consolide* », v. P. Pic, « Vue d'ensemble des lois incorporées en 1928 au Code du travail et de la prévoyance sociale », *Recueil de droit commercial et de droit social*, 1929, p. 94, *in fine*.

des codifications privées publiées par les éditeurs juridiques[110]. Le bicamérisme parfait de la IIIe République fera le reste : après plus de trente années de travail parlementaire, au cours desquelles les conceptions des deux camps ne parviennent à se concilier, l'adoption d'un code collection des lois existantes fait figure de plus petit dénominateur commun.

L'incidence de la recodification sur le fond du droit du travail est moins prégnante dans l'élaboration du code de 1973[111]. Elle est préparée dans une relative indifférence politique et doctrinale, cela pour plusieurs raisons. D'abord parce que l'époque est marquée par le schéma des codifications administratives qui, par définition, sont réalisées sans modification législative, sans impact sur le fond du droit. L'objectif principal est d'insérer au code du travail des législations qui n'y ont pas été intégrées et d'organiser le code en fonction des compétences constitutionnelles du législateur et du pouvoir réglementaire. Cette indifférence au fond s'explique peut-être aussi par le développement formidable qu'a connu la législation du travail de 1936 à la fin des trente glorieuses, le besoin de réforme et de progrès social étant en partie assouvi[112].

La recodification de 2008 est essentiellement portée par un objectif formaliste. Dans le sillage du Conseil constitutionnel qui vient d'imposer l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi auquel la codification à droit constant répond[113], l'article 3 de la 12 avril 2000 dispose que « *la codification législative rassemble et classe dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur à la date d'adoption de ces codes* » et que « *cette codification se fait à droit constant* »[114]. L'habilitation législative à recodifier par voie d'ordonnance n'est pas moins claire : le gouvernement est autorisé à adapter la partie législative du code du travail « *afin d'inclure les dispositions de nature législative qui n'ont pas été codifiées et pour remédier aux éventuelles erreurs ou insuffisances de codification* »[115], ce qui sera confirmé par l'octroi d'un délai supplémentaire dans la loi du 30 décembre 2006 dont l'article 57 prévoit plus nettement encore que le gouvernement est autorisé « *à procéder par ordonnance à l'adaptation des dispositions législatives du code du travail à droit constant* »[116]. La question d'une réforme au fond n'apparaît guère en amont de la recodification[117] et n'est perceptible que par effet de miroir, à travers les travaux d'auteurs qui expriment la crainte que l'objectif de droit constant ne puisse être tenu[118] et qu'une réforme insidieuse s'instille dans le processus[119].

Regroupement imparfait de la législation en vigueur. Les regroupements de textes qui résultent de chacune des codifications sont imparfaits, quoiqu'il faille ici constater que cet écueil tend à s'amenuiser au fil des codifications.

Le code du travail de 1910 ou, pour être plus clément, celui de 1927, est fort éloigné de toute idée d'universalité disciplinaire du droit du travail tant des pans nombreux de la législation sociale lui restent étrangers[120]. Le caractère restrictif du contenu du code du travail s'exprime tant s'agissant des

---

[110] A propos desquelles, v. F. Hordern, « Le code après le code », in *La codification du travail sous la IIIe République*, préc., p. 139.
[111] V. toutefois G. Lyon-Caen, préc. ; J.- M. Bardou, « Pour un code du travail modernisé », *Gaz. Pal.* 1973, II, p. 345.
[112] P. Barrau, « Histoire du droit du travail par les textes. De la libération à l'alternance (1945-1981) », *Cahiers de l'Institut régional du travail* n° 8, Aix-en-Provence, 2000.
[113] Déc. n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Rec*. p. 136.
[114] Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.
[115] Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit.
[116] Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social.
[117] V. toutefois M. de Virville, *Pour un code du travail plus efficace*, Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, 2004
[118] A. Fabre, M. Grevy, « Réflexions sur la recodification du droit du travail », *RDT* 2006, p. 362. Avec un peu de recul, P. Morvan, « Le code du travail a-t-il été refait à droit constant », *Sem. soc. Lamy* 2010, suppl. n° 1472, p. 34.
[119] En défense du strict respect de la codification à droit constant, v. Ch. Radé et J. Barthélémy, préc., note n° 16.
[120] « *Cette codification du vide* », selon G. Brunschvicg, « *est un véritable code des lacunes de notre législation sociale* », « Le code du travail », *Revue socialiste*, 1905, 2, p. 30.

droit du travail lui-même, les fruits de compromis politiques, sociaux et économiques qu'il n'est ni souhaitable, ni probablement envisageable de remettre en cause.

On peine toutefois à s'ôter de l'esprit l'idée selon laquelle le droit du travail n'a jamais accueilli de véritable codification[105], ce que d'éminents auteurs travaillistes du XXe siècle ont tenté de démontrer[106]. Par l'étude des réussites et des échecs des codifications successives, l'illusion s'estompe et le code du travail prend véritablement corps (I). Au fil du temps et des recodifications, les objectifs assignés à l'opération de codification ont toutefois sensiblement évolué et il y a tout lieu de penser que le code du travail pourrait aujourd'hui subir une véritable réforme de fond, une « refondation » dont les termes s'éloignent de beaucoup des idéaux initiaux de la fin du XIXe siècle (II).

I. Réussites et échecs des codifications du travail

A bien des égards, les différentes étapes de la codification du travail en France peuvent être comparées à une sorte de mirage. Comme l'écrivit Francis Hordern, il ne s'agit pas tant de codifications que de compilations qui ne seraient parvenues qu'à donner l'illusion d'un code du travail (A). Cette conclusion est toutefois trop sévère car il peut être mis au crédit de la codification du travail un certain nombre de réussites, parfois éclatantes, qui donnent corps au code du travail français (B).

A – L'illusion des codifications du travail

« Compilation », tel est le terme le plus souvent employé pour décrire les codifications successives du droit du travail en France. Jamais en effet les codificateurs ne sont parvenus à porter une réforme du droit du travail, que l'on s'intéresse à la codification initiale ou aux recodifications ultérieures. Les illustrations de cet échec ou, à tout le moins, de ces résultats minimalistes sont de trois ordres : il n'a toujours s'agit que de simples rassemblements de la législation du travail, aboutissant à des regroupements imparfaits, à des agglomérats dont on peine à extraire un esprit de système.

Simple rassemblement de la législation existante. Chacun des trois processus de codification n'a été qu'un rassemblement de la législation ouvrière ou de la législation du travail préexistante[107].

La question est tout à fait centrale dans l'élaboration du code de 1910, c'est l'un des enjeux principaux entre parlementaires socialistes et radicaux d'une part, chrétien sociaux et libéraux d'autre part. Pour les premiers, Groussier défend l'idée selon laquelle il faut « *rassembler et réviser toutes les lois concernant la défense des intérêts des travailleurs et réglant leurs rapports avec leurs employeurs pour en faire un Code du travail* »[108]. Pour les seconds, le simple fait de codifier la législation sociale altère « *le droit dans son essence évolutive et historique* », fait reparaître le spectre de l'incapacité civile de l'ouvrier et il ne peut être concédé[109], *a minima*, qu'une synthèse des textes existants sur le modèle

[105] Ce sentiment transparaît avec une grande netteté de l'ensemble de l'œuvre doctrinale de F. Hordern.

[106] V. P. Pic, « La réforme du code civil et le nouveau code du travail », *RTD civ*. 1911, p. 719. V. également G. Lyon-Caen et P. Durand, préc. La remise en cause est bien moins prononcée à l'orée du XXIe siècle, probablement face au constat qu'aucune autre codification française depuis 1804 n'a permis une véritable réforme de la matière concernée. V. A. Jeammaud, « La codification en droit du travail », *Droits*, 1998, p. 161 ; G. Couturier, « Le code du travail a cent ans ! », *Sem. soc. Lamy* 2010, n° 1472, suppl., p. 9.

[107] Pour nuancer cet échec, il a toutefois été démontré que la codification de 1910, première survenue après celles de la période napoléonienne, avait été fondatrice de toutes les codifications françaises ultérieures qui seront toutes réalisées à droit constant, par simple compilation, v. N. Olsak, « Le Code du travail, un jalon dans l'histoire de la codification », in *La codification du travail sous la IIIe République*, préc., p. 21.

[108] Propos rapportés par A. Chatriot, « L'histoire politique de la difficile codification de la législation industrielle : travail intellectuel, administratif et politique », in *La codification du travail sous la IIIe République*, préc., p. 85. La proposition de loi qu'il dépose le 13 juin 1898 devant la Chambre des députés constitue un code du travail complet de 866 articles, la législation en vigueur s'y trouvant profondément modifiée, v. F. Hordern, « Codification ou compilation… », préc., p. 252.

[109] L. Guerlain, « L'école de la paix sociale face au Code du travail. Prégnance méthodologique, impact parlementaire et discours doctrinal », in *La codification du travail sous la IIIe République*, préc., p. 43.

au fur et à mesure de leur adoption[94]. Des pans entiers de la législation sociale sur la maladie du salarié ou le pouvoir disciplinaire de l'employeur en sont absents. Le plan et la numérotation des articles hérités de 1910 sont devenus impraticables, faisant écrire à G. Lyon-Caen que « *ce monstre difforme fait honte à regarder* » ; une « *transmutation* », véritable codification réformatrice, s'impose[95]. Le temps est pourtant aux recodifications administratives, mises en œuvre par voie de décret et opérées, selon la terminologie actuelle, « à droit constant »[96]. Quoique le code du travail de 1973 soit adopté par voie législative[97], c'est à une « compilation » du droit du travail en vigueur que la recodification aboutit[98].

Très rapidement, ce nouveau code du travail est remis sur la sellette[99]. Les griefs à son encontre sont légèrement différents, il ne s'agit plus tant d'intégrer des dispositions du droit du travail, restées en dehors du code, que de résoudre un problème croissant de lisibilité et d'accessibilité aux règles qu'il énonce. La loi du 9 décembre 2004 habilite le gouvernement à réformer par voie d'ordonnance la partie législative du code du travail. Un comité d'expert est mis en place en parallèle d'un collège composé de représentants des organisations syndicales et patronales. Leurs travaux aboutissent à la troisième codification, entrée en vigueur le 1er mai 2008. Il s'agit une nouvelle fois d'une codification à droit constant avec pour principal objectif de mettre le code du travail en conformité de l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la règle de droit[100].

Ces trois étapes répondaient-elles aux objectifs d'une codification ? Ces objectifs sont d'une intensité et d'une ambition variables[101]. *A minima*, la codification ou la recodification peut n'être qu'une simple compilation avec pour seule vocation de regrouper et d'ordonner la législation en vigueur. Plus vigoureusement, l'opération peut mener à consolider cette législation, en y intégrant les acquis jurisprudentiels et en la mettant en conformité aux exigences normatives d'un niveau supérieur à celui de la loi. Enfin, de manière plus profonde, la codification peut être œuvre de réforme de la législation qu'elle a vocation à contenir[102]. Aussi loin que l'on remonte, du code Hammourabi aux codifications napoléoniennes[103], du code Justinien aux codifications administratives de la seconde moitié du XXe siècle, c'est presque toujours la première voie qui a été empruntée[104].

L'élaboration et les réécritures du code du travail s'inscrivent assez naturellement dans cette tendance, cela pour au moins deux raisons. D'abord parce que les codifications du travail font figure de signes diacritiques dans la construction du droit du travail, de points de repère ou de liaisons qui n'ont jamais eu pour objet de raconter ou de réécrire une histoire mouvementée et, somme toute, encore relativement jeune. Le droit du travail a évolué au cours des cent cinquante dernières années, ses codifications n'en sont que les témoins. Ensuite parce les codifications du travail sont, à l'image du

---

[94] F. Hordern relève ainsi qu'en 1950, le code du travail annoté des éditions Sirey regroupe le texte et les commentaires du code « *qui représentent 240 pages alors que les textes non codifiés remplissent 568 pages* », v. F. Hordern, « 1973. Le deuxième code du travail », *Cahiers de l'Institut régional du travail* n° 14, p. 54.

[95] G. Lyon-Caen, préc.

[96] J.- C. Groshens, « La codification par décret des lois et règlements », *D*. 1958, chr. p. 157.

[97] Loi du 2 janvier 1973 pour la partie législative, décret du 15 novembre 1973 pour la partie réglementaire.

[98] J. Rivero, J. Savatier, *Droit du travail*, PUF, 12e éd., 1991, p. 61 ; G. Couturier, *Droit du travail, Les relations individuelles de travail*, PUF, 3e éd., 1996, p. 50.

[99] *Faut-il brûler le code du travail ?*, Colloque Montpellier, 1986, Dr. soc. 1986, pp. 559 et s. *Pour une remise en forme de la codification du droit du travail*, Rapport sous la dir. de G. Cornu, La doc. fr., 1981.

[100] Ch. Radé, « Recodifier le code du travail », *Dr. soc.* 2006, p. 483 ; J. Barthélémy, « La recodification du Code du travail vue de l'intérieur », *Sem. soc. Lamy* 2008, n° 1336.

[101] B. Oppetit, « De la codification », *D*. 1996, p. 33 ; R. Cabrillac, « Recodifier », *RTD civ*. 2001, p. 833.

[102] Ph. Malaurie, « Les enjeux de la codification », *AJDA* 1997, p. 642.

[103] Souvent présenté comme une exception à la règle, le code civil est certainement l'une des codifications les plus proches des codifications réformatrices évoquées par B. Oppetit. Il n'en reste pas moins un regroupement des coutumes de l'ancien droit auxquelles ont été ajoutés quelques règles tirées du droit naturel et du droit révolutionnaire. V. A. Esmein, *Livre du centenaire*, Dalloz, rééd. 2004, p. 5.

[104] F. Hordern, « Code et codification », Cahiers de l'institut régional du travail, n° 14, 2006, p.11.

Petite histoire des codifications du droit du travail français

Sébastien Tournaux

Professeur à l'Université de Bordeaux, UMR CNRS 5114 COMPTRASEC

Une fois encore, moins de huit ans après la précédente recodification, l'ouvrage va être remis sur le métier. Le projet de loi « visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs » actuellement discuté devant le Parlement projette de « refonder » le code du travail français. Le code du travail va être refondu pour aboutir à la quatrième codification du travail en un peu plus d'un siècle[85]. L'apparente instabilité du code du travail amène à se retourner, à jeter un regard sur les précédentes codifications, sur le code du travail et ses mues successives.

L'histoire de la première codification est peut-être la mieux connue[86]. Entre 1897 et 1898, Arthur Groussier, député socialiste dépose plusieurs propositions de loi visant à codifier la législation du travail, propositions auxquelles vient bientôt s'ajouter la constitution par Alexandre Millerand d'une commission extra-parlementaire de « codification des lois ouvrières »[87]. Des débats de deux ordres font rage. Le premier oppose ceux, parlementaires et doctrine, qui considèrent que le code civil doit être modifié pour accueillir une partie de la législation ouvrière à ceux qui appellent à la création d'un code distinct, à la création d'un code du travail[88]. Le second divise les défenseurs d'un code distinct, entre souhait de créer un véritable code du travail réformant en profondeur cette législation pour les uns, volonté de simplement réunir les textes de la législation ouvrière pour les autres[89]. Cette dernière option l'emporte. La loi du 28 décembre 1910[90] créée un code du travail constitué d'un livre unique (Conventions relatives au travail) parmi les six qui avaient été déposés sur le bureau de la Chambre des députés. Il est progressivement complété, jusqu'en 1927, de trois autres livres[91].

Au milieu du XXe siècle, quelques voix doctrinales[92] ou syndicales[93] commencent à s'élever pour réclamer une remise en ordre du code du travail. Jamais achevé, le code de 1910 a mal vieilli. Les législations sociales du Front populaire et de l'après-guerre n'ont été que très partiellement intégrées

---

[85] Et l'on pourrait ajouter aux codifications abouties en 1910, 1973 et 2008, les projets de recodification intermédiaires et sans lendemain en 1938 (Projet de loi présent en janvier 1938 qui n'aboutira qu'à la loi du 4 mars 1938 sur l'arbitrage obligatoire, v. P. Pic, « La double assise juridique du statut moderne du travail. Conventions collectives et arbitrage obligatoire », *Revue politique et parlementaire*, juin 1938) et en 1955 (Décret n° 55-601 du 20 mai 1955).

[86] F. Hordern, « Codification ou compilation ? Autour de la naissance du code du travail », in *Histoire de l'office du travail*, ouv. coll. sous la dir. De J. Luciani, Syros, 1992, p. 247. *Histoire du code du travail*, Cahiers de l'Institut régional du travail n° 14, Université Aix-Marseille, 2006 ; *La codification du travail sous la IIIe République*, ouv. coll. sous la dir. d'A. Chatriot, F. Hordern et J.-M. Tuffery-Andrieu, PUR, 2011.

[87] F. Hordern, « Le code du travail et de la prévoyance sociale. Premier code : 1901-1927 », Cahiers de l'institut régional du travail, n° 14, 2006, p. 25.

[88] V. P. Pic, « Le centenaire du code civil et le droit social de demain », *Quest. prat. lég. ouvr*., 1904, p. 474, qui relate les prises de position variées à l'occasion des célébrations du centenaire du code civil. V. égal. M. Lucas, « Ouverture », in *La codification du travail sous la IIIe République*, préc., p. 9.

[89] F. Hordern, « Codification ou compilation ? Autour de la naissance du code du travail », préc.

[90] Loi du 28 décembre 1910 portant codification des lois ouvrières, *JORF* 1910, p. 10672.

[91] Le livre II (« Réglementation du travail ») est adopté le 26 novembre 1912, le livre III (« Groupements professionnels ») le 25 février 1927 et le livre IV (« Juridictions. Conciliation et arbitrage. Représentation professionnelle ») le 21 juin 1924. Les livres V (« Assurances ouvrières ») et VI (« Prévoyance »), présentés dès 1906 au Sénat, ne seront jamais discutés, ce qui mènera à rebaptiser le « code du travail et de la prévoyance sociale » en simple « code du travail ».

[92] L. Boiteau, « Faut-il rajeunir le code du travail ? », *Quest. prud'h*. 1948, p. 385 ; P. Durand, « La codification du droit du travail », in *Atti del primo congresso internazionale di diritto del lavoro*, Trieste, 1951, p. 61 ; G. Lyon-Caen, « Faut-il refaire un code du travail ? », *D*. 1966, chr., p. 33.

[93] J.- P. Murcier, « Pour un code du travail moderne », *Dr. soc*. 1955, p. 319.

organisées formellement aux plus individuelles et informelles, des plus matérielles ou plus immatérielles quelle que soit la qualification juridique de la relation de travail, subordonnée, indépendant, dépendant, autonome, quelle que soit la nationalité du travailleur, quel que soit le lieu de travail (national, étranger), quelle que soit le type d'entreprise.

C'est bien d'un droit commun du travail dont le XXIè siècle a besoin, fait de principes et de droits fondamentaux régissant le travail dans nos sociétés quelles que soit ses formes et quel que soit le territoire (y compris virtuel) sur lequel il se déploie. Un tel dessein nous conduit à conclure que « loin de mettre en péril la codification, la mondialisation lui donne un nouveau souffle [84]».

[84] G. Rémillard, « Codification et mondialisation », *Les Cahiers du droit*, vol.46, n°1-2, 2005, p.612.

dont la durée est de plus en plus courte. Cela engendre une banalisation de la discontinuité d'activité et par conséquent des revenus. La figure de l'artiste travaillant de manière intermittente s'est répandue. La pluriactivité s'impose. Depuis plusieurs années, on assiste à une remise en cause du statut professionnel attaché au contrat de travail dans tous les pays européens, à une précarisation accélérée de la relation de travail, à des discontinuités d'activité et donc de revenus qui devraient conduire à « penser le statut du travail au-delà de l'emploi [78]».

Le deuxième phénomène est plus récent et relève du travail numérique, du *digital labor*[79] ? Peut-on qualifier de travail les usages numériques ordinaires tel que se présenter sur un service en ligne, utiliser une application ? Uber, n'est rien d'autre qu'un taxi de fait. Il s'agit d'une personne qui a sa propre voiture et un smartphone avec l'application qui lui permet d'être contacté par un client. C'est un taxi ne disposant d'aucune protection légale ou syndicale dont le chauffeur se trouve dans une situation de précarité totale, aucun revenu, aucune activité minimale n'étant garanti. C'est selon la formule d'un auteur « la flexibilité totale ». La vie quotidienne offre des exemples comparables en matière de logement hôtelier par exemple avec Airbnb ou encore matière de service à la personne avec TaskRabbit, plateforme qui consiste à mettre en contact une personne disposée à réaliser une tâche simple pour une autre personne trop surchargée comme par exemple prendre place dans une file d'attente, faire une course, ou exécuter une tâche ménagère. On imagine assez aisément les problèmes posés si le chauffeur Uber a un accident de voiture avec son client ou si l'occupant de Airbnb se fait expulser ou si le coursier Task Rabbit se fait renverser par une voiture. Cet ensemble de situation qui sont autant de formes de travail invisible[80] montre un « déplacement des lieux du pouvoir économique dont la clé ne se trouve plus dans la détention des moyens de production mais des systèmes d'information qui les coordonnent [81]».

A ces situations de travail qui se développent dans les pays occidentaux et industriels doit être ajoutée celle beaucoup plus massive bien connue des pays émergents, celle du travail dans le secteur informel et qui affecte environ 90% de la population active dans bien des pays. Troisième phénomène, le plus massif, le plus grave en termes de déficit de travail décent, le plus lourd des défis que l'OIT cherche à relever en ce début de XXIè siècle. La leçon tirée des codes du travail de pays émergents susmentionnés, comme des travaux et des politiques déjà menés par l'OIT sur le sujet montrent qu'il est vain de vouloir copier-coller la figure du contrat de travail aux multiples activités informelles. En revanche, ce qui apparaît c'est que les droits fondamentaux de l'homme en situation de travail construits autour du droit fondamental qu'est la dignité de la personne (qui se décline dans la formule du travail décent), mais aussi la sécurité –physique, mentale[82]-,des libertés individuelles et collectives et de la solidarité[83] peuvent être le ciment pour penser un régime de travail qui puisse embrasser une multiplicité de situations de dépendance des plus traditionnelles aux plus contemporaines, des plus

[78]A.Supiot, Ibid.

[79] D. Cardon, A. A. Casilli, *Qu'est-ce que le digital labor* ? INA éd. 2015.

[80] Notion que nous avions examinée et analysée dans le cadre du conflit des artistes du spectacle en France durant les années 2000 et pour lesquels nous avions imaginé une sorte de caisse mutuelle de professionnalisation en lieux et place de la très controversée prise en charge par le système de prestations chômage via le mal nommé statut des intermittents. I.Daugareilh, « Les droits sociaux des créateurs : quelles réalités, quels enjeux ? », in F. Labadie et Fr. Rouet, *Travail artistique et économie de la création : Protection, valorisation, régulation*, DEPS, La Documentation française, 2008, Paris, p.89-98.

[81] D. Cardon, A.A. Casilli, op.cit.

[82] En 2014, une loi sur la protection des vendeurs de rue en Inde a été promulguée. Elle prévoit l'octroi d'une licence et d'une carte d'identité professionnelle établissant ainsi leur statut de travailleur (ce qui leur assure une certaine sécurité physique et matérielle d'exercice de l'activité dans la rue)en contrepartie d'un certain nombre d'obligations. Du dialogue social promu par cette loi, on attend des mesures concrètes visant la promotion des modalités de crédit personnel, des assurances sociales, des programmes en matière de santé et de protection sociale.Rapport S. Routh, « Informal workers and laborrights as humanrights in India », Colloque, *La sécurité sociale, 70 ans d'âge, une idée neuve,*Comptrasec, Bordeaux, 2015, Actes à paraître en 2016.

[83] S. Routh, « Réseaux de solidarité et syndicalisme : une ressources pour les travailleurs informels en Inde ? », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2015, n°1, p.16.

de s'appuyer sur l'extrême vulnérabilité de travailleurs étrangers en situation irrégulière. Ces deux exemples illustrent ce que l'économiste E. Terray a nommé la délocalisation sur place[74]. Autre résultat de la mondialisation le développement de zones franches –appelées ailleurs maquiladoras- territoires sans droit ou avec droit allégé. La mondialisation de l'économie et son corolaire l'ouverture des frontières engendre une mise en concurrence nouvelle et exacerbée des travailleurs sur un même territoire (travailleurs légaux travailleurs irréguliers, travailleurs locaux, travailleurs étrangers), un même lieu de travail (travailleurs détachés d'entreprises étrangères) ou sur des territoires différents (travailleurs d'entreprises en réseau, délocalisation, sous-traitance en cascade, etc.). Cette mise en concurrence des statuts dans l'espace est décuplée par une dimension temporelle réalisée grâce aux nouvelles technologies. Cette mise en concurrence détruit les solidarités collectives, isole les plus vulnérables. C'est pourquoi, il serait fatal de ne pas associer libertés individuelles et droits collectifs et surtout d'imaginer des collectifs corporatistes ou locaux.

F. Zenati-Castaing propose d'adopter « la thèse de Max Weber suivant laquelle la codification est la manifestation d'un besoin de rationalisation du droit lié à l'avènement de l'économie-capitaliste, on est conduit à assigner à celle-ci un destin méta-national. Après avoir permis aux marchés intérieurs de s'épanouir par une rationalisation interne du droit, il ne reste plus, à présent, qu'à procéder à une rationalisation du droit dans l'économie mondiale, depuis que l'économie s'est décloisonnée pour devenir un marché sans frontières…De fait, la généralisation des échanges à la planète a créé, parce que le droit est consubstantiel à l'échange, un besoin de droit à cette échelle[75] ». Nous dirions plutôt un besoin de droit pour cette échelle dans le sens où il ne paraît pas possible et envisageable d'avoir un Etat mondial doté d'un droit mondial. Si ce droit pour la mondialisation est à ses prémices de construction, il suppose de recourir au droit comparé, au droit international et sans doute aussi à des sources non formelles du droit par lesquelles s'élaborent aujourd'hui les premiers jalons de ce droit mondial comme il peut en être des Principes directeurs des Nations Unies de 2010 sur le commerce international et les droits humains et de leur traduction dans les Etats membres. Nous faisons l'hypothèse que ces Principes sont un élément substantiel du futur *jus comune* qui devrait inspirer les futurs codificateurs du droit du travail. Un deuxième élément d'inspiration beaucoup moins pensé mais qui s'invite à la réflexion, c'est celui relatif au travail et à ses mutations actuelles.

3. Le défi des mutations contemporaines du travail

Le travail dépendant connaît des mutations profondes (informalisation, discontinuité, digitalisation, …) transformant le rapport de travail et le rapport au travail -un impensé des codifications-. Trois exemples suffisent pour comprendre à quel point le code du travail pensé selon une vision fordiste du travail est inadapté au monde contemporain. Il est en effet urgent de repenser le travail à l'aune de ses transformations qui n'ont rien à voir avec ces relations de travail particulières dans lesquelles la subordination juridique est très estompée et qui sont à l'origine du recours à des présomptions de contrat de travail ou de salariat selon l'approche française du code livre VII du code du travail[76] ou de statuts spéciaux comme celui accordé au travail para-subordonné en Italie ou aux relations de travail spéciales en Espagne ou encore de celui de travailleur indépendants dépendants en Allemagne.

De manière structurelle, la précarité s'est définitivement imposée donnant un « caractère irréversible à la crise du modèle de l'emploi fordiste[77] ». Aujourd'hui dans de nombreux pays industrialisés, l'offre d'emploi se fait principalement par des contrats de travail à durée déterminée

[74] E. Balibar, M.Chemillier Gendron, J. Costa Lascoux, E.Terray, *Sans papiers – L'archaïsme fatal,* éd. La Découverte, 1999.
[75]Ibid, p.370.
[76]Livre qui a permisd'intégrer des formes de travail non standardisées d'un point de vue salarial (artistes du spectacle, mannequins, journalistes, etc.)
[77] A. Supiot, *Au-delà de l'emploi,* Nouvelle édition Flamarion, 2016

sources du droit est sans doute amplifiée du fait de la mondialisation de l'économie, autre défi de la codification, non des moindre puisqu'il peut remettre en cause l'intérêt même de la codification.

2. Le défi de la mondialisation de l'économie

La codification a-t-elle un avenir[66] dans le contexte de mondialisation de l'économie et partant de là du droit ? Ici ou là, on affirme que « l'âge des codes modernes est révolu [67]». Elle serait la traduction de l'âge moderne du droit et serait donc l'apanage des XIXème et XXème siècles ; les recodifications de ce début de XXème seraient les ultimes manifestations de la codification moderne.

La mondialisation du droit oblige à penser la régulation des relations de travail en termes de pluralisme juridique, ce qui n'est pas complètement en harmonie avec l'idée de code complètement centré sur la loi et sur l'Etat-nation dont on ne prédit rien d'autre que le déclin. Bref la mondialisation oblige à penser non pas en termes de nation ni même d'internationalisation mais de transnationalisation. Par conséquent, elle affecte la nature et le régime des sources du droit. Le droit du travail présente l'avantage d'avoir pris en compte très rapidement des sources de droit non légales, d'avoir institué une cohabitation de sources diverses du droit. C'est plutôt le rapport entre ces sources qui est bouleversé par la mondialisation, le dérèglement de leur hiérarchie ainsi que l'apparition de sources informelles d'ordre technique provoquant parfois des processus d'internormativité[68].

Des auteurs défendent l'avènement d'un droit commun de l'humanité[69]. Dans cette hypothèse, il pourrait y avoir une possible convergence avec la codification si celle-ci s'oblige à penser en termes de principes généraux, ce qui conduit à replacer la doctrine au centre voire en amont du processus de codification, ce qui ne semble plus être le cas car sans doute a-t-on voulu réduire, ici et là, la codification à sa seule part technique. Il y a en effet place et urgence d'imaginer des principes généraux pour les nouvelles codifications du droit du travail[70] qui s'appuient sur les acquis et en renouvellent la modernité s'agissant des droits fondamentaux de l'homme au travail, des libertés individuelles et collectives, comme il ya place pour de nouveaux principes relatifs à la responsabilité des entreprises[71], pour une emprise du droit sur l'entreprise[72].

La mondialisation oblige à revoir la place et les rapports entre protagonistes à la relation de travail que sont l'entreprise et le travailleur, à intégrer la dimension mondiale des rapports de travail et donc des relations collectives de travail (négociation collective transnationale). Ainsi une recodification du droit du travail aujourd'hui serait inaboutie et inadaptée si elle n'intégrait pas par exemple les acteurs sociaux de niveau mondial et ne leur reconnaissait pas la capacité juridique d'élaborer des normes collectives d'application mondiale. De même une recodification du droit du travail qui n'envisagerait pas le caractère transnational de la relation de travail[73], et de l'entreprise passerait à côté d'un fait majeur du XXIè siècle. De la même manière comment ne pas prendre en compte ces mouvements de main-d'œuvre engendrés par la technique du détachement dans le cadre de prestation de service transnationale et qui mettent en concurrence directe des travailleurs au nom de l'avantage comparatif créé par les bas salaires et de faible protection sociale quand il ne s'agit pas

---

[66] Voir F.Zenati-Castaing, « L'avenir de la codification », *Revue Internationale de droit comparé*, 2011, vol.63, n°2, p.355.
[67]Ibid, p.359.
[68] Voir I.Daugareilh, « La norme ISO 26000 sur la responsabilité sociale des organisations : observations sur une expérience d'internormativité », in M. Capron et al, *ISO 26000 : une Norme 'hors norme'*, ed. Economica, Paris, 2010, p.114.
[69]M.Delmas Marty, *Les force imaginantes du droit*, vol.IV, *Vers une communauté de valeurs* ? Paris, Seuil, 2011.
[70] Dans ce sens voir R. Badinter et A. Lyon-Caen, *Pour une déclaration des droits du travail*, in *Le travail et la loi*, Fayard, 2015.
[71] A. Supiot, M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*,Puf, 2015.
[72] G. Farjat, «De la globalisation de l'économie à une Economie de droit » in I. Daugareilh, *Responsabilité sociale de l'entreprise et globalisation de l'économie,*Bruylant, 2010, p.795. J. Ph. Robé, *Le temps du monde de l'entreprise, Globalisation et mutation du système juridique*, Dalloz, Paris, 2015.
[73] Voir la thèse de Marie Lafargue, *La relation de travail transnationale*, Université de Bordeaux, 2015

III. Les défis de la codification du droit du travail[65]

Les défis de la codification sont pour l'un classique mais renouvelé (1) ; pour les deux autres, à savoir la mondialisation (2) et les mutations du travail(3),ils sont nouveaux et en même temps tellement considérables qu'ils conduisent à se demander si la codification est bien la technique adaptée pour les affronter.

1. Le défi de la diversification des sources du droit

Le droit du travail, peut-être plus que toute autre branche du droit obéit à des exigences apparemment contradictoires de stabilité –pour offrir une sécurité juridique- et de souplesse – et de capacité d'adaptation à des situations évolutives et très diverses. Un des grands défis de la codification aujourd'hui c'est de choisir les règles, les principes ou les normes qui doivent être insérés dans le code pour former un tout à la fois cohérent, précis et significatif sans être exhaustif. On en revient finalement à donner raison à Portalis qui estimait que « l'on ne simplifie pas tout en prévoyant tout ». Le même avait écrit que « tout simplifier est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre ». En termes plus modernes, c'est de compromis et donc de compromis politique qu'il s'agit.Mais d'abord il ne serait pas inutile de revenir au texte qui dans chaque Etat établit le domaine d'intervention de la loi du travail afin que celle-ci ne déborde pas de son lit et qu'à l'instar de ce qu'établit l'article 34 de la Constitution en France, la loi s'en tienne réellement à établir des principes, à consacrer des droits et des libertés publiques individuelles et collectives.

Dans nos sociétés contemporaines marquées par la complexité, par une forte demande de dialogue, de souplesse et de sécurité juridique, la répartition des compétences entre sources du droit du travail et par conséquent, la pesée entre ce qui doit relever de la loi et de l'hétéronomie et ce qui doit être dans le champ de la convention collective et de l'autonomie est une question dont les enjeux et la portée ont immanquablement évolué au cours des décennies. En période de croissance économique, de redistribution des richesses et de force syndicale, d'une part et d'autre part d'un principe général d'application sans faille de la norme la plus favorable et d'un ordre public social régi par la dérogation in melius en faveur des salariés, l'accord et la convention collective ont sans nul doute servi à améliorer le sort des travailleurs. Cette période a été en outre marquée par un déploiement toujours plus large de la loi qui s'est emparée de quasiment tous les aspects de la relation de travail. En même temps, la loi a élargi les domaines d'intervention de la négociation collective tant et si bien que pratiquement plus aucune question ne lui échappe.

Mais le début du XXIè siècle annonce un changement radical du rôle et de la place du droit conventionnel dans les sources du droit dans les pays où la loi était la source de droit première, centrale et impérative. En effet, la tendance est à une expansion croissante des domaines d'intervention du droit conventionnel. Mais ce qui est plus significatif, c'est le développement d'une négociation collective décentralisée d'accords d'entreprises dérogatoires vis-à-vis de la loi ou de l'accord collectif de branche ou de secteur. Du coup, ne faudrait-il pas que les codificateurs prennent très au sérieux le mandat constitutionnel selon lequel il revient à la loi de fixer des principes, des bornes infranchissables, des droits impératifs auxquels il ne serait possible de renoncer ni individuellement ni collectivement en quelque circonstance que ce soit. Ne revient-il pas à la loi de donner des orientations, de créer et de préserver des espaces de liberté, de mettre en place des procédures, etc. Bref, il apparait nécessaire de fixer des espaces d'intervention réservés à la loi, tandis que d'autres doivent être partagés avec le règlement et/ou l'accord ou la convention collective. C'est enfin en laissant au juge et à son travail d'interprétation toute sa place que la loi comme l'accord collectif peuvent ne pas être des sources de droit tatillonnes et rigides assurant la souplesse et l'adaptation nécessaires. La diversification des

[65] F. Zenati-Castaing, « L'avenir de la codification », *Revue internationale de droit comparé*, 2011, vol.63, n°2, p.355

fond. Cette hypothèse ne doit pas néanmoins être l'arbre qui cache la forêt dans le sens où le code du travail dans ces pays est très loin de couvrir l'ensemble des travailleurs dépendants en raison de l'énorme poids du secteur informel d'une part et d'autre part du fait d'un très haut niveau d'ineffectivité dans le secteur formel. Le détachement avec le modèle français qui s'est effectué dans les années 1990-2000, années de crise et de mondialisation ne s'est pas soldé par une rupture complète parce que ce modèle est vu comme protecteur face aux bailleurs de fond. La place accordée à la loi jusqu'à la réforme de 2004 et jusqu'à la conclusion en septembre 2003 de l'Accord portant trêve social en République gabonaise, « témoigne de cette fidélité historique. En même temps cet Accord rejoue une partition connue des partenaires sociaux français dite de refondation sociale formulée en 1999 par le Medef français [63]». Si l'on prend le code du travail sénégalais de 1997, on observe l'influence française dans l'accentuation de la place accordée à l'accord ou à la convention collective de travail, au dialogue social dans l'entreprise institué en France depuis 1982.

La réforme des codes du travail s'effectue souvent et en particulier dans les pays émergents ou en transition économique et/ou politique avec des apports techniques d'experts étrangers et/ou d'experts agissant pour le compte de l'OIT, les deux pouvant à l'occasion se confondre. Ainsi en Côte d'Ivoire, tandis que le premier code de 1960 était une reconduction du code de 1952 des territoires d'outre-mer et que celui de 1964 n'a pas rompu avec ce passé, le troisième en 1995 est l'œuvre d'un expert étranger, d'origine française, et fonctionnaire de l'OIT, chargé d'introduire l'idéologie de la flexibilité de la Banque mondiale et du Fonds monétaire international[64]. L'expert n'a nullement fait montre d'aucune préoccupation vis-à-vis de l'espace d'accueil du nouveau code, ne tenant nullement compte des particularités locales ou de ce qui pourrait faire figure de pluralisme juridique. Cela signifie également que si les sources internationales ne peuvent pas comme telles figurer dans un code national, on veille en revanche à ce qu'elles puissent être transcrites ou du moins ne pas être contredites par les dispositions nouvelles du code. Il est en tout cas certain qu'aujourd'hui les codifications ou recodifications sont dans la ligne de mire d'acteurs institutionnels supra nationaux bien plus divers que par le passé, chacun véhiculant ses propres logiques. D'autre part, que ce soit en Afrique (OHADA), en Europe (UE) ou en Amérique latine (Mercosur/Alena), les instances régionales s'interposent dans un jeu jadis binaire entre l'Etat et l'OIT quand ne s'y ajoutent pas des acteurs économiques institutionnels (FMI, Banque mondiale, OMC) ou non (Entreprises transnationales).

Les risques de cristallisation et de fétichisme sont sans doute aujourd'hui résiduels tandis que celui du mimétisme continue d'avoir une certaine portée car il est avant tout le résultat de sphères d'influence d'acteurs économico-géo-politiques. C'est peut-être même un risque renforcé du fait de l'ouverture des frontières tout en étant plus discrètement réalisé en ce sens qu'il n'est pas ou plus porté par des forces politiques marquant leur empreinte territoriale de manière visible mais par des acteurs économiques relayés par des institutions économiques ou financières internationales se présentant sous l'habit de conseil ou d'experts et non plus d'envahisseurs. Le risque du mimétisme juridique connaît sans doute une mutation dans la forme qui le rend plus difficile à identifier et le cas échéant à combattre –ou à défendre-. Finalement, reste une dernière question à formuler qui serait celle de l'intérêt réel et contemporain de la codification et de sa capacité non plus à éviter les risques mais à relever les défis de ce XXIè siècle.

[63]A.Emane, « Le droit du travail à la croisée des chemins : l'exemple du Gabon », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 1999, p.161

[64] N. Silué, « Droit du travail ivoirien et diversification des sources », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2008, p.32.

de 1952 (par exemple : « les contrats sont passés librement »), on légalise la précarité et on supprime les protections contre les licenciements (suppression de l'autorisation administrative exigence majeure des bailleurs de fond internationaux).

De la même manière dans les années 90 ont été introduits des dispositifs de flexibilisation des modalités et des conditions de rupture du contrat de travail. Certaines réformes seront mitigées et comprendront aussi des dispositifs en faveur des intérêts des travailleurs d'inspiration française. Tel a été le cas du code du Mali lors de la réforme de 1988 comme de celle de 1992 ou du Gabon dans le code de 1994 –reprenant la législation française sur le licenciement économique d'avant 1986-. Après avoir été sous influence d'une puissance coloniale, ces Etats sont passés sous celle des bailleurs de fond avant d'être sous domination des entreprises transnationales. Dans des pays africains il y a eu dans les années 90 des réformes de codes du travail allant dans le sens d'une diversification des sources du droit. Ainsi au Cameroun la loi du 14 août 1992 portant code du travail a créé une place privilégiée pour la négociation collective et donc pour les règles négociées au détriment des règles légales provoquant selon les termes d'un auteur « un petit séisme[56] ». Pourtant ce qui aurait pu atténuer cet écart entre le code et la réalité n'a pas marché[57], peut-être parce qu'encore une fois l'objet de cette réforme n'était pas porté et revendiqué par les acteurs sociaux eux-mêmes mais venait de l'extérieur.

Malgré des évolutions nationales, cette référence initiale a engendré des écarts entre le droit et les faits. Ces écarts sont d'abord le fait d'une conception des relations de travail dans un cadre industriel (alors que les Etats africains sont très faiblement industrialisés) et formel. « Le formalisme excessif imposé par des textes inadaptés au contexte africain, ajouté à l'insuffisance notoire des administrations du travail ont eu pour conséquence que l'essentiel du monde du travail échappe en pratique à la législation du travail. De fait le secteur informel reste une zone dominée par ce que les sociologues du droit appellent l'infra droit, c'est à dire un droit déprécié. En réalité ceci est le produit d'une compétition sourde entre code du travail, coutumes et usages ». [58] Si les sources d'inspiration du droit du travail dans les pays africains ont fini par se diversifier (idéologie libérale des bailleurs internationaux, influence du modèle français, idéologie des syndicats), il « n'en reste pas moins très faiblement inspiré par des sources africaines »[59], ce qui indique que « les africains ne sont pas encore libérés du mimétisme juridique afin de bâtir de véritables modèles juridiques capables de prendre en charge leurs réalités[60] ».Il est vrai que les codes du travail de ces pays n'intègrent nullement la culture africaine ou les réalités multiples du monde du travail. On peut émettre l'hypothèse que la codification agit comme un carcan. « Perçus non pas comme un moyen de régulation, mais plutôt comme une force de désintégration, les codes du travail modernes ne sont pas bien reçus par le corps social africain[61]» Le code est un pur produit de la pensée occidentale qui n'a aucun enracinement social en Afrique. « Pour l'Afrique, un des défis du XXIème siècle est d'inventer un nouveau contrat social, une nouvelle charte assurant un meilleur fonctionnement de la société en garantissant à tous les chances de prendre part aux décisions importantes et d'accéder aux droits fondamentaux tels que l'éducation, la santé, le logement [62]».

Au terme de cette esquisse, on pourrait émettre l'hypothèse que le code du travailde 1952 des TOM a joué un rôle de modèle de protection pour résister aux injonctions tenues par les bailleurs de

[56]P.G.Pougoué, « Le petit séisme du 14 août 1992 », *Revue de Jurisprudence Africaine*, 1994, p.9.

[57] Six ans après, aucune convention collective n'était conclue. P.G. Pougoué et J.M. Tchakoua, « Le difficile enracinement de la négociation collective en droit du travail camerounais », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 1999, p.198. Il faudra attendre les années 2000 pour qu'une convention soit conclue. Voir P.E. Kenfack Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale.

[58] O.O. Sidibé, « Réalités africaines et enjeux pour le droit du travail », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 1999, p.132.

[59]O. O. Sidibé, ibid.

[60] Ibid.

[61]Ibid, p.135

[62] Ibid.

dénoncer, au contraire[51] !Le premier Code du travail camerounais adopté en 1961 a été réformé en 1967 (suite à la réunification du pays), en 1992 et en 1997. Même si c'est de manière décalée dans le temps ou si c'est pour aller plus loin que son homologue français, le législateur camerounais emprunte très directement (c'est le cas pour la grève dont le droit est garanti dans les conditions fixées par la loi) ou s'inspire du modèle dans ses techniques, ses principes. De l'Angleterre il fut repris peu de choses si ce n'est des dispositions relatives aux syndicats et à l'inspection du travail. Cela s'explique par la durée moins longue de l'occupation, par le caractère épars et peu fourni de la législation sociale anglaise[52]-. L'exemple du Mali nous renseigne sur les raisons de cette reproduction intégrale. A l'époque, ce code est considéré comme « franchement révolutionnaire et loin d'être une législation de seconde zone» ; il est d'ailleurs qualifié par les employeurs de l'époque de « code syndical [53]». Il n'y avait donc eu aucun frein à la reprise intégrale du code de 1952 dans celui adopté en 1962 par l'Etat malien nouvellement indépendant.

Ce qui est intéressant c'est que ce même code de 1952 a servi de base de résistance à des influences extérieures. A partir des années 80, plusieurs Etats d'Afrique est soumise à des contraintes venant des organisations économiques et financières internationales, de type ajustements structurels qui ont poussé les législateurs à modifier les codes du travail afin d'introduire des mesures de flexibilité de l'embauche. C'est ainsi que les codes du travail du Mali, de la Côte d'Ivoire, du Cameroun et du Sénégal ont introduit des dispositions sur le prêt de main-d'œuvre temporaire. « Au Sénégal entre 1961 (entrée en vigueur du premier code du travail) et 1979 (année du premier programme FMI), le code du travail ne sera modifié que de rares fois parce qu'il apparaissait avant tout comme l'instrument d'un pacte social à sauvegarder dans un environnement économique et social instable»[54]. Il le sera pour la première fois en 1997 par la loi du 1er décembre 1997. Les auteurs conviennent que nonobstant cette réforme qui introduit un regard nouveau et bienveillant vis-à-vis de l'entreprise, le code de 1997 reste néanmoins très clairement d'inspiration française, d' »une fidélité profonde » peut-on lire mais qui n'est pas à l'abri de toute épreuve[55].De la même manière suite à une grave crise économique et aux plans d'ajustement structurel imposés dans les années 80, le législateur malien a remis le code sur le travail et a promulgué un nouveau code en 1988 dont l'inspiration reste française parce que les praticiens sont formés à « l'école-université française) et surtout parce que la jurisprudence française est plus « stable » et « plus connue » que la jurisprudence malienne (très fluctuante et peu diffusée). Les nouvelles dispositions par exemple sur le CDD sont ni plus ni moins empruntées aux dispositions du code du travail français alors en vigueur. Nonobstant le fait que ce nouveau Code est adopté sous le regard des institutions monétaires internationales et suite aux plans d'ajustement structurel, le législateur aura le souci de renforcer les droits des travailleurs, ce qui s'explique par le rôle joué par les syndicats maliens à l'époque (UNTM) très liés aux centrales françaises, la CFDT et la CGT, par divers programmes de coopération, ce qui constituait un autre vecteur d'influence du modèle –du code du travail- français. La loi du 23 septembre 1992 portant code du travail marque un recul de l'influence du code du travail français et une avancée des idées de flexibilisation de l'emploi propagées par les institutions financières internationales véhiculant elles-mêmes d'autres courants de pensée, d'autres modèles étasuniens ou britanniques. Même si dans le code de 1992, il reste quelques traces du code

[51] Ibid.

[52] J.M. Tchakoua, « Sources d'inspiration et logique du droit camerounais des conflits collectifs de travail », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2005, p.177. L'auteur définit le mimétisme comme « la propriété que possèdent certains pour assurer leur protection, de se rendre semblables par l'apparence au milieu environnant, reprenant la définition donné par J. Vanderlinden, « A propos de la création du droit en Afrique » D.Darbon et J. du Bois de Gaudusson, *La création du droit en Afrique*, Karthala, 1997, p.12.

[53] O. O.Sidibé, « Quels modèles d'inspiration pour le droit du travail malien depuis le Code de 1952 ? », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2005, p.139.

[54] M. Samb, « Réformes et réception des droits fondamentaux du travail au Sénégal », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 1999, p.144.

[55] I.Y. Ndiaye, « Droit du travail sénégalais et transfert de normes », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2005, p.172.

possèdent un code du travail »[48]. Cette caractéristique tend à identifier loi et droit, jusqu'à tomber parfois dans une espèce de « fétichisme légaliste ». Les auteurs estiment donc qu'en Amérique latine, la législation est plutôt hétéronome qu'autonome, plutôt volumineuse. Depuis son incorporation à l'Occident, l'Amérique latine a connu un régime juridique hétéronome, étatique, fermé et écrit.

Relève de ce fétichisme, la place excessive, voire exorbitante de la loi par rapport aux autres sources de droit et singulièrement celle venant de l'autonomie collective. Dans les systèmes dotés de codes, la source conventionnelle est d'abord placée au second plan ; ensuite dans certains systèmes, l'autonomie collective et l'autonomie normative sont très largement dirigées par la loi qui va jusqu'à poser des obligations de négocier collectivement sur certains sujets et selon une certaine temporalité. Se libérer de cette double sujétion est très compliqué et très controversé car cela supposerait sans doute de repenser la loi et ses fonctions ou plus précisément de « retravailler » le contenu du code du travail en ayant en perspective des textes qui lui sont extérieurs et de plus en plus appelés à faire figure de « lois » de la profession, du secteur ou de l'entreprise que sont les accords et conventions collectives du travail. Le code du travail en France est confronté à ces questions.

Il est évident que les politiques de flexibilisation de la relation de travail et des conditions d'emploi ainsi que celles de décentralisation voire d'émancipation de la négociation collective (de la hiérarchie des sources) qui affectent la plupart des pays en ce début de XXIème siècle rencontrent plus de résistances, voire de blocages là où existe un code du travail que là où n'existent que des lois éparses ou même là où existe des lois générales, sorte de petits codes du travail portant souvent sur la relation individuelle de travail. Ici encore le risque de fétichisme tend à disparaître au profit d'une illusion selon laquelle qui dit contractuel dit juste ou qui dit conventionnel dit adapté aux intérêts des travailleurs alors que c'est de ceux de l'entreprise dont il est en réalité question. Si les risques de cristallisation et de fétichisme sont aujourd'hui moins réels, celui du mimétisme demeure tout en se transformant.

3. Le risque du mimétisme juridique

Le code Napoléon est l'exemple le plus emblématique de la dimension internationale de la codification, support d'un modèle de pensée juridique diffusé hors territoire national, comme l'a été la codification du droit du travail dans l'Union soviétique vis-à-vis des Etats d'Europe centrale et orientale.

Dans les pays africains francophones, il a fallu attendre le code du travail des territoires d'Outre-mer de 1952 pour doter les colonies d'une législation du travail. Après les indépendances, chaque pays s'est doté d'un code national qui était quasiment la copie conforme du texte colonial notamment en ce qui concerne la philosophie des relations de travail[49].

Au Gabon, le rapport au modèle est plus subtil : « l'Indépendance du Gabon n'a pas eu pour conséquence de remettre en cause les textes promulgués lors de la souveraineté française mais de les nationaliser au sens gabonais[50] ». Le Gabon dans ses trois premiers codes de 1962, 1978 et 1994 a repris *grosso modo* la classification linéaire du code des TOM de 1952. Dans ce nouvel Etat, on estime que seul l'Etat est l'acteur capable de créer des normes juridiques, le droit du travail ne fait pas partie des priorités, ce qui conduit à reprendre sans s'interroger le code de 1952 qu'il n'est pas question de

[48] Seuls l'Argentine, le Pérou et l'Uruguay n'ont pas de code ou de loi générale du travail. Ceci étant l'Argentine et le Pérou sont des exceptions relatives dans le sens où la première possède une Loi sur le contrat de travail qui est une sorte de codification du droit individuel du travail, alors que le Pérou possède une loi générale sur l'emploi et une autre loi sur les relations collective du travail qui constituent deux « mini codes ». La consolidation des lois du travail (CLT) du Brésil n'est pas formellement un code, mais son étendue et sa teneur en ont toutes les caractéristiques essentielles.

[49] A. Emane, « Le droit du travail à la croisée des chemins : l'exemple du Gabon », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 1999, p.161.

[50] A. Emane, « Droit du travail gabonais, modèles et transferts de normes », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2005, p.199, citant le juge de la CA de Libreville, 8 janvier 1963, *Penant*, 1963, p.548.

grande de se garder d'y toucher le plus longtemps possible si bien que le risque de cristallisation historique est d'une certaine façon inhérent au code. Ce risque est moins aigu quand il s'agit de branches du droit moins soumises aux turbulences économiques et technologiques que ne l'est le droit du travail.

Le code du travail tunisien dont nous fêtons le cinquantième anniversaire n'a pas connu de recodification depuis 1966. Au Chili, le premier code du travail de 1931 consacrant une forte intervention de l'Etat contrôlait de manière organique tout le droit individuel et collectif, les procédures et les juridictions. Ce code a gardé sa structure inchangée jusqu'en juin 1978 ! Entre 1978 et 1987, les pouvoirs publics ont détricoté plusieurs pans du premier code avant de le réformer en 1987. Le deuxième code de 1987 prend le contrepied du premier, favorise la déréglementation, l'autonomie individuelle et fixe des limites à l'autonomie collective[45]. Au Burkina Faso, il a fallu attendre 2008 pour l'adoption du nouveau code. En France, ce n'est qu'en 1973 qu'a recodifié le droit du travail, plus de cinquante ans après le premier code. En URSS, entre 1922 et 1973, le code du travail demeura en vigueur « bien qu'un grand nombre de ce dispositions eussent perdu toute signification pratique et ne fussent plus appliquées. Durant cette période les progrès de la législation consistèrent surtout en l'adoption de textes particuliers[46] ».

Ce risque de cristallisation peut engendrer un risque d'illisibilité en cas de réforme continue parcellaire, ce qui a sans doute été un des motifs de la dernière décision de recodification en France, à l'origine du code livré en 2008, 35 ans après la deuxième codification. Des codes du travail ont pu être soumis à de multiples réformes très rapprochées comme ce fut le cas du code du travail hongrois entre le 1er septembre 2008 et le 31 août 2009. Ce fut également le cas du code lituanien modifié 18 fois entre 2003 et 2009 dont 5 fois en une année de septembre 2008 à septembre 2009, ce qui a permis de déplacer le curseur d'une règlementation gouvernementale stricte et centralisée vers une réglementation décentralisée et en partie négociée, ce qui est regardée par la doctrine comme une libéralisation des relations de travail et sans doute cause d'illisibilité.

L'histoire récente donne néanmoins des contre-exemples de cristallisation. Il est même assez probable que ce risque soit moins prégnant au XXIè siècle car les changements dictés par l'économie et les technologies qui affectent les droits du travail ont un rythme et une cadence bien plus accélérés que par le passé. D'autre part, l'idéal de codification en particulier dans ses aspects formels semble moins prégnant et surtout l'idée d'adopter un code qui ait une longévité supérieure à une décade s'éloigne tant le législateur estime qu'il a à répondre instantanément aux demandes sans projection dans le temps. Au lieu du risque de cristallisation, c'est plutôt celui de l'instabilité qui guette désormais les codes du travail et qui pourrait bien produire des effets sur le risque de fétichisme.

2. Le risque du fétichisme légaliste[47]

En Amérique latine durant l'ère coloniale c'est le droit espagnol ou portugais qui s'est appliqué en Amérique latine. A partir de la Révolution et des Indépendances, le modèle adopté a été celui du système juridique français, à caractère hétéronome et d'origine principalement légale avec pour « vaisseau amiral », le code civil de 1804 ou Code Napoléon. « D'où la manie codificatrice, selon laquelle toute discipline qui jouit d'un peu d'estime aspire à avoir un Code, comme s'il s'agissait d'un certificat de majorité, d'une carte de citoyenneté, d'un titre de noblesse ou d'un certificat d'aptitude. Le droit du travail n'y a pas échappé. Presque tous les pays d'Amérique latine à quelques exceptions près

[45] S. Gamonal, « Tendances du droit du travail chilien depuis le retour à la démocratie », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2009, p.5. En 1994, une compilation des diverses réformes conduit à adopter le troisième code du Chili, qui a intégré depuis de nombreuses réformes parcellaires.

[46] S.A. Ivanov, « La nouvelle codification de la législation du travail en URSS, *Revue internationale du Travail*, 1973.

[47] O.E. Uriarte, « Caractères, tendances et perspectives du droit du travail en Amérique latine », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2007, p.37.

particulier accordé à l'intitulé des subdivisions, cette logique aboutit à un plan plus détaillé que l'actuel et facilite ainsi l'accès à la règle de droit[40] ». Il s'agit donc de répondre à l'objectif d'accessibilité et de prévisibilité de la règle de droit afin d'assurer la sécurité juridique dont ont besoin les justiciables, à savoir les employeurs comme les travailleurs. Le droit du travail, droit vivant, droit mouvant, droit évoluant au gré des contextes économiques et technologiques, droit en transformation constante en raison de ses sources régionales de plus en plus prégnantes au moins pour les Etats de l'Union européenne et de ses sources internationales et aux décisions des juges associés à ces sources, est plus que tout autre branche du droit guetté par sa complexification et donc par un risque d'illisibilité.

La codification est plus une opération de rationalisation du droit qu'une opération de simplification[41]. D'ailleurs, « les normes ne deviennent pas plus simples du fait de la codification… Mais un droit mieux ordonné et plus accessible est aujourd'hui un élément fondamental de la sécurité juridique, qui est nécessaire dans un Etat de droit, aux citoyens, aux entreprises et aux collectivités publiques[42]». La simplification n'est donc pas un objectif de la codification contrairement à l'accessibilité et à l'intelligibilité. L'accessibilité est en partie résolue par le fait d'assembler dans un seul ouvrage l'ensemble des lois et règlements d'une matière et par la mise à jour constante dudit ouvrage. Cette accessibilité matérielle n'entraine pas nécessairement l'intelligibilité laquelle fait appel à la compréhension du texte, ce qui est bien plus difficile à réaliser. Le classement, le triage, l'assemblage des dispositions selon une structure éprouvée –livre, titre, chapitre, section et article- et un plan qui doit être intelligible c'est à dire compréhensible par les usagers non professionnels y concourent. « Le plan intelligible prévaut toujours même face à un plan plus intelligent[43] ». Le langage vient aussi au service de l'intelligibilité ; outre le fait que la langue évolue et qu'il est par exemple aujourd'hui plus usuel de parler de préavis plutôt que de délai congé, la langue du code doit rester un subtil dosage de langage abstrait, concret et technique, voire courant. Nonobstant ses objectifs d'un intérêt qui reste actuel, la codification comporte des risques dont la réalisation n'est d'ailleurs pas nécessairement une entrave au développement ou au progrès, ce qui conduit d'emblée à les relativiser.

II. Les risques de la codification du droit du travail

Trois risques sont généralement identifiés, celui de la cristallisation et de l'obsolescence (1), celui du fétichisme (2) et celui du mimétisme (3).

1. Le risque de cristallisation historique[44]

Les objectifs posés à la codification ou à la recodification sont tels qu'il s'agit d'une entreprise éminemment sensible d'un point de vue politique au sens général et juridique du terme. C'est un ouvrage qui est attendu en même temps qu'une œuvre à laquelle on aspire. C'est un résultat à la fois technique et politique, un compromis issu d'un exercice impliquant en principe une pluralité d'acteurs venant de sphères très différentes de la société (académique, économico-social, judiciaire,….). L'histoire est pleine de codes ratés qui n'ont jamais vu le jour. Le portage politique et technique du projet d'ouvrage est si complexe à conduire que c'est toujours un peu un pari que pouvoirs publics et législateur ne prennent pas sans besoin et même ne prennent que s'ils y sont d'une certaine façon acculés. On comprend dès lors que si un code est intrinsèquement fait pour durer, la tentation est

[40] Ministère de l'emploi, de la cohésion sociale et logement, « Le plan code », rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail, JO n°61 du 13 mars 2007, p.4737.
[41] A. Zaradny, « Codification et simplification du droit », Lextenso, *Les petites Affiches*, 2007.
[42] G. Braibant, « La problématique de la codification », *Revue française de droit administratif*, 1997, p.168.
[43] A. Zaradny, « Codification et simplification du droit », op.cit..
[44] R. Cabrillac, *Les codifications*, coll. Droit, éthique, société, Paris, PUF, 2002, p.96

peut pas « supprimer 70 ans d'histoire d'un simple trait de plume [32]». Et naturellement, restent des lacunes notamment en l'espèce en ce qui concerne le marché du travail. Comme en toute chose ce n'est « qu'à l'usage qu'on peut juger de la qualité et surtout de l'utilité d'un texte [33]».

Les Etats d'Europe centrale et orientale ont connu les mêmes processus de recodification suite à la chute du mur de Berlin et à l'effondrement consécutif de l'empire soviétique. Ces recodifications qui ont eu lieu dans les années 90 -comme en Pologne par exemple où le code du travail de 1974 a été profondément remanié en 1994 pour intégrer la liberté de négociation collective et a été consolidé en 1998- ont connu une deuxième vague de recodification au moment de leur adhésion à l'Union européenne soit après 2004, intégrant ainsi des principes et standards consacrés par le droit social de l'Union. Ce fut le cas du Code du travail de Bulgarie en 2008 ou encore celui de Hongrie, entré en vigueur en 2012. Ce dernier, préparé « plutôt en catimini, devait répondre aux nouvelles attentes d'ordre économique (en faveur des entreprises et des plus petites d'entre elles qui ont besoin de dérégulation, de flexibilité), juridique (nécessité d'augmenter l'autonomie individuelle et collective, de ré-contractualiser, de rapprochement du droit du travail du droit civil, de libérer la dérogation *in peius,* d'élargissement du pouvoir unilatéral de l'employeur, d'attribution au salarié de risques incombant en principe à l'employeur, de déconstruction du principe de sécurité de l'emploi, de renforcement des droits du comité d'entreprise et d'affaiblissement de leur position par la suppression de la protection de ses membres, de reconnaissance du droit du CE de conclure un accord collectif de travail », etc.[34]).

2. L'affichage d'une unité[35] dans un dessein d'accessibilité et d'intelligibilité de la discipline[36]

La codification n'est pas qu'une technique. Elle « porte en son sein une certaine représentation symbolique des relations de travail [37]». En rapprochant les textes, il s'agit de leur donner un sens, d'instituer des valeurs essentielles, auxquelles se référer. Codifier c'est trier, assembler et classer des textes tandis que la recodification suppose de trier les textes mais aussi de les scinder, les fractionner, les extraire et enfin les classer[38]. Nicole Maggi-Germain démontre que l'opération de recodification même à droit constant est une création en ce sens que la réorganisation des textes, en les déplaçant, en les fractionnant, en les assemblant d'une certaine façon et selon une certaine logique ne se réduit pas à un exercice purement formel[39]. C'est une œuvre intellectuelle qui peut conduire à donner un autre sens, une autre profondeur voire une autre portée à des dispositions.

La codification ou la recodification du droit du travail répond à un objectif global de clarté et de simplification pour les usagers, professionnels ou particuliers selon les objectifs constitutionnels d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi établis par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 16 décembre 1999. Cet objectif était au cœur de la « commande » de recodification en France du droit du travail en 2003: « La logique 'utilisateur' (employeurs, salariés, délégués syndicaux, membres des institutions représentatives du personnel) a été privilégiée pour l'élaboration du plan. Elle conduit à regrouper dans des blocs homogènes des dispositions jusqu'alors éparses. En outre, ajoutée au soin

[32]Ibid.
[33] Ibid.
[34] C. KollonayLehoczky, « Une troisième voie en droit du travail ? Un panorama du nouveau code du travail hongrois : entre un libéralisme extrême et des réminiscences de l'économie planifiée centralisée », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2012, p.75 et s.
[35] X. Bertrand et T. Grumbach, « Les réformes actuelles ont-elles une unité ? » *Revue de droit du travail*, 2008, p.354. F. Moderne, « Pierre Bourdieu et la codification : regards d'un juriste de droit public », *Revue Française de Droit administratif*, 2004, p.1062.
[36] R. Cabrillac, « Les enjeux de la codification en France », *Les cahiers du droit*, vol.46, n°1-2, 2005, p.533.
[37]N.Maggi-Germain, « Mobilis in mobile : le code du travail en mouvement », *Semaine sociale Lamy*, 2010, 1472, op.cit.
[38] Ibid.
[39] Ibid.

du droit du travail dans toutes républiques entre 1970 et 1973. Les quinze codes alors adoptés reproduisaient fidèlement les principes édictés propres au régime soviétique (garantie d'emploi, obligation de travailler,…)[25]. « On y retrouve les idées essentielles incarnées dans les premiers codes du travail : le droit au travail, l'universalité du travail, la protection du travailleur, la discipline au travail, les droits syndicaux, la sécurité matérielle des invalides. Ces idées sont restées vivantes, … à tous les stades de développement de l'Etat soviétique et ont résisté à l'épreuve du temps. … Cela dit, les Principes et les Codes marquent encore un pas en avant, du fait qu'ils contiennent des idées et des dispositions nouvelles, nées de l'œuvre quotidienne d'édification socialiste et communiste de l'URSS. Cette nouvelle codification de la législation du travail a été entreprise en fonction non seulement des nécessités de l'heure mais aussi dans une certaine mesure des impératifs probables de l'avenir. [26]» Le code de 1972 comportait 256 articles répartis en 18 chapitres dont un sur les dispositions générales. Ce code avait très clairement une dimension nationale (URSS) et une vocation internationale dans la zone d'influence économique et politique de l'URSS à savoir les pays d'Europe centrale et de l'Est[27]. Ces Principes occupaient une place centrale et première, « servant de base à l'élaboration d'autres formes de législation du travail, pour l'ensemble de l'Union comme pour chacune des républiques, ils permettent d'envisager les grands problèmes du travail selon l'optique uniforme qui s'impose[28].» Ces Principes et ces codes prévoyaient des obligations pour les travailleurs propres aux sociétés socialistes, comme par exemple observer la discipline, prendre soin de la propriété socialiste, satisfaire aux normes de production fixées par l'Etat ou encore l'obligation de travailler[29].

De 1985 à 1993, la période de Gorbatchev sera marquée par des réformes annonçant une transition politique sous influence du droit de l'OIT. Après le démantèlement de l'URSS, est né un nouvel Etat, la Fédération de Russie dotée d'une Constitution à partir de 1993, définissant le pays comme un Etat de droit, pluraliste, démocratique, laïc et respectueux des principes et normes universellement reconnus du droit international. L'ancien code du travail de la République socialiste fédérative soviétique de Russie de 1972 a été abrogé pour être remplacé par un nouveau code en décembre 2001, entré en vigueur en 2002. Le « processus fut laborieux [30]» : 7 années de projets/contre-projets. Selon Arturo Bronstein, conseiller principal en politique de législation du travail du BIT, « la rédaction du nouveau code a été l'occasion de confrontations idéologiques, sans parler de conflits d'intérêts entre les différentes parties prenantes à la discussion, qui ont vu s'affronter des propositions proches des thèses néolibérales des organisations financières internationales et d'autres propositions beaucoup plus soucieuses de la protection des travailleurs [31]». Le résultat fut possible grâce à des négociations et des compromis politiques ainsi que grâce à un dosage subtil entre passé, présent et avenir.

Bien que gardant des vestiges du passé, il s'agit bien d'un nouveau code par sa longueur (424 articles /256 articles), par sa structure (6 parties, 14 sections et 62 chapitres/18 chapitres), par les sujets abordés (les conflits collectifs, la grève, la négociation collective en font désormais partie), par son esprit (abandon de l'idéologie marxiste au profit du respect des principes de l'Etat de droit, des libertés individuelles et collectives, prohibition du travail forcé, introduction du principe de non-discrimination vis-à-vis de motifs comme l'opinion politique. Néanmoins, même un code nouveau ne

[25] S.A. Ivanov, « La nouvelle codification de la législation du travail en URSS, *Revue internationale du Travail*, vol.108, n°2-3, 1973.
[26] Ibid., p.155.
[27] Ibid.
[28]Ibid, souligné par nous.
[29] Principe socialiste selon lequel « qui ne travaille pas ne mangera pas ».
[30]A.Bronstrein, « Le nouveau droit du travail de la Fédération de Russie », *Revue internationale du Travail*, 2005, Vol. 144, n°3, Ibid, p.308.
[31] A. Bronstein, « Le nouveau droit du travail de la Fédération de Russie », *Revue internationale du Travail*, 2005, Vol. 144, n°3, Ibid, p.308.

1931 (tandis que le Mexique optera pour une loi fédérale du travail) et influence d'autres pays (Brésil, Venezuela, Equateur, Bolivie, Costa Rica, Nicaragua[19], Guatemala, Panama[20], Colombie, République dominicaine[21], Honduras, Paraguay[22], Haïti[23]), suivi d'un mouvement de recodification et de codification dans les années 60-70 (modification du code en Colombie en 1965, deuxième codification en France en 1973, nouveau code du Panama en 1971). Quant au continent africain, les Etats sous influence française ont été soumis au code du travail des territoires d'Outre-mer de 1952. Après les Indépendances, les Etats se sont dotés de leur propre code durant les années 60/70. La Tunisie adopte son premier code en 1966 dont on fête au travers du colloque organisé par l'Intes,le 50ème anniversaire. Dans les années 80, les Etats africains seront placés par les organisations internationales financières dans des situations d'ajustement structurel puis subiront l'oubli de la mondialisation de l'économie, ce qui les conduira peu ou prou à modifier leurs codes du travail dans les années 90. Il ya de toute évidence quelque soit le continent un rapprochement continu des recodifications. On le voit en France où le droit du travail a connu trois codifications, 1910-1927 ; 1973 ; 2007 ; 2017-2018. La longévité des codes tend à diminuer significativement comme le montre l'exemple français : 50 ans pour le premier code, 30 ans pour le deuxième et 10ans pour le troisième. On pourrait se demander si à cet égard la codification présente toujours un intérêt nonobstant ses mérites intrinsèques (I), au regard des risques qu'elle comprend (II) et surtout si elle permet de relever les défis du droit du travail contemporain (III).

I. Les mérites de la codification du droit du travail

On ne défait pas d'un revers demain un édifice doté de fondations comme l'est un code – du travail-. La codification produit un effet structurant, donne une solidité, une capacité de résistance, d'imperméabilité, d'insensibilité aux turbulences extérieures et conjoncturelles. Elle permet par sa symbolique d'exhiber solennellement des valeurs et des principes dans un contexte donné (1), de structurer une matière et d'afficher son unité (2).

1. L'affichage de valeurs politiques et de principes dans un contexte politique donné

La codification est un moyen d'affirmer et d'asseoir un changement profond de politique générale. Les pays de l'Europe anciennement socialistes peuvent à cet égard être pris comme exemple. On peut ici rappeler l'adoption du code du travail d'abord en URSS en 1918 avec l'adoption du premier code soviétique, puis en 1922 dans la RSFSR, en 1970 et enfin par la fédération de Russie en décembre 2001[24].

C'est suite aux évènements d'octobre 1917 que fut adopté le premier code du travail en Russie en 1918, remplacé en 1922 et en dernier lieu en 1972. Le premier code de 1918 reflétait le changement radical de régime politique devenu communiste mais un communisme de guerre en raison de la guerre civile et de l'intervention d'armées étrangères conduisant à prévoir de ce fait des dispositions exceptionnelles qu'il a fallu retirer une fois la guerre terminée. Le deuxième code de 1922 se positionne dans une perspective de reconstruction du pays. Il demeura en vigueur, malgré son obsolescence, jusqu'à la loi de 1970 qui adopta les Principes fondamentaux de la législation du travail pour la l'URSS et les républiques fédérées. Ces principes furent la source d'un mouvement uniforme de recodification

[19] Code du travail de 1944.
[20] Code du travail de 1971
[21] Code du travail de 1951
[22] Code du travail promulgué en 1961
[23] Code du travail de 1961
[24] A. Bronstein, « Le nouveau droit du travail de la Fédération de Russie », *Revue Internationale du Travail*, 2005, vol.144, p.307.

considéré comme « un exemple de modernité[13] » ou est signalé en raison de « son ampleur matérielle et de sa présentation formelle ordonnée de textes légiférés et règlementaires… même s'il s'abstient de formuler des principes directeurs qui consacreraient l'autonomie du droit du travail par rapport au droit commun [14]». D'ailleurs, le reproche formulé par Gérard Lyon-Caen au code du travail français dans les années 60 reste d'actualité. « Le code existe comme compilation ; il n'existe pas comme un système de normes ».

Les pouvoirs publics ont d'ailleurs eu, lors de la dernière codification à droit constant de 2007[15], l'intention, à laquelle ils ont finalement renoncé, d'introduire une partie préliminaire. C'est, il faut le reconnaître, un objectif particulièrement difficile à atteindre car éminemment politique – au sens noble du terme-. Dès lors toute opération de codification ne comprendrait-elle pas« un idéal »–pour reprendre l'expression de Pierre Verge – à jamais inaccessible ?

La codification est un exercice qui interroge sur le rapport de la loi au temps[16]. Il existe un temps pour codifier et il faut du temps pour codifier, pour réaliser cet ouvrage – cette œuvre- qu'est le code. Si la France a mis 17 ans pour adopter son premier code, le code du travail marocain fait sans doute partie des plus longues gestations. Un premier projet dans les années 70 fut très froidement accueilli par l'ensemble des acteurs ; un deuxième projet dans les années 92 provoqua ni plus ni moins l'hostilité des syndicats qui trouvèrent leur relai politique ; un troisième projet fut présenté en 1998, qui faillit connaître le même sort que les précédents en raison de la difficulté à recréer les conditions du dialogue social nécessaire à l'accomplissement de cet exercice, fut finalement adopté en 2004 grâce à une implication très personnelle du ministre du travail de l'époque[17]. En Russie, il a fallu également 7 ans de projets et de contre-projets entre la promulgation de la Constitution de 1993 et l'adoption du code du travail en 2001. L'actuel projet El Komrien France se donne 2 ans pour adopter le nouveau code du travail en France tandis que le précédent vit le jour au bout de 3 années. Ce temps de la codification imprime une sorte d'arrêt sur le temps. Comme le disait le doyen Carbonnier, « tout code apparaît lors de son adoption comme un symbole du temps arrêté[18] ». Si par le passé, la période de codification était en principe suivie d'un arrêt des réformes, cela est nettement moins vrai aujourd'hui comme en a fait l'expérience du code du travail français de 2007 qui, sitôt adopté, fut suivi d'importantes réformes légales dont celle sur la représentativité des organisations syndicales.

Si l'on dresse un calendrier de l'histoire des codifications du droit du travail, on s'aperçoit qu'il existe des périodes de codification qui touchent souvent plusieurs pays, ce qui peut être regardé comme un indicateur probable de transformations profondes du travail par-delà les frontières et les caractéristiques nationales des systèmes juridiques. Bien que la France ait démarré *en outsider*, le premier mouvement a eu lieu au sortir de la première guerre mondiale et parallèlement à la création toute récente de l'OIT. On connaît ainsi une première vague dans les années 20 aussi bien en Europe (de l'ouest et de l'est) qu'en Amérique latine. En Amérique latine, le Chili adopte le code du travail en

---

[13] Notamment parce qu'il est annuellement mis à jour par divers éditeurs dont Dalloz et sa consultation reste publique et gratuite via le portail Legifrance. Voir M.A. Martinez, « Le nouveau Code du travail français vu de l'étranger. Approche comparative de la codification du droit du travail. Première partie : analyse comparée des codes du travail », *Semaine Sociale Lamy*, 2010, 1472, Supplément.

[14] P. Verge, « Une codification du droit régissant le travail au Québec : un objectif à poursuivre ? », *Les cahiers du droit*, vol.46, n°1-2, 2005, p.77.

[15] Sur cette opération de recodification voir notamment, Ch. Radé, « Le code du travail nouveau est arrivé », *Recueil Dalloz*, 2008, p.1214. P. Morvan, « Le code du travail a – t-il été refait à droit constant ? », *Semaine Sociale, Lamy*, 2010, 1472, Supplément. N. Ferrier, « A propos de la recodification prétendument à droit constant du droit du travail. Une pierre dans 'jardin à la française' », *Dalloz*, 2008, p.2011. J.D. Combrexelle, A. Jeammaud, A. Lyon-Caen, « Le 'nouveau Code du travail, une réussite ? », *Revue du droit du travail*, 2007, p.356. A. Fabre, M. Grévy « Réflexions sur la recodification du droit du travail », *Revue de droit du travail*, 2006, p.362.

[16]N.Olszak, « La réécriture du code du travail : une entreprise historique ? », *Dalloz*, 2005, p.729.

[17] R. FilaliMeknassi, « La codification de la législation du travail au Maroc, une étape dans la modernisation du système des relations professionnelles », *Bulletin de Droit de Droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2004, p.77.

[18] J. Carbonnier, « Le Code civil » in P.Nora (dir.), *Les lieux de mémoire*, tome 2.2, Paris, Gallimard, 1986, p.293.

attachement au formalisme, la codification du droit du travail n'a pu se déployer que dans des systèmes juridiques dans lesquels la loi est une source essentielle et première de droit. On trouve donc assez naturellement une tradition de codification dans les systèmes romano-germaniques ou anciennement socialistes tandis qu'elle est complètement absente de la Common law. On ne trouve donc pas de code du travail dans les pays anglo-saxons et plus largement dans l'empire du Commonwealth. Les pays sous domination anglaise n'hériteront pas de code et ne seront pas enclins au moment de l'accès à l'indépendance à recourir à ce type de technique. Ainsi toute une partie de l'Afrique échappera au phénomène tandis que l'on trouvera une tradition codificatrice dans toute l'Afrique francophone et lusophone. Le Cameroun ayant été sous triple domination (allemande puis anglaise et française) est un exemple vivant de cette double influence ; le code du travail actuellement en vigueur s'est imposé pour au moins deux raisons, l'une tenant au type de colonisation britannique « assez relâchée » et l'autre à un territoire moindre. Il en sera de même pour les pays d'Amérique centrale et du sud du fait de la colonisation espagnole et portugaise. En Europe, le phénomène historique du code Napoléon qui a affecté l'Europe centrale et orientale y a créé un terreau favorable aux codes civils et par contagion pour des codes du travail. Ce terreau a été consolidé durant la période socialiste jusque dans les années 90 dans tous les pays du Comecon. Vont s'émanciper de cette tradition pour des raisons politiques dans les années 70 certains pays de l'Europe du Sud (le Portugal –pour un temps- et la Grèce) en pleine transition démocratique qui vont faire le choix d'une loi du travail voire vont opter pour un Statut du travailleur en Italie et en Espagne. On le voit bien, le code –du travail- est arrimé à une partie du continent européen (plutôt Sud, central et oriental), aux pays de l'Afrique francophone du Nord et de l'Ouest et aux pays d'Amérique latine. Ce sont là les trois zones géographiques de la codification du droit du travail.

Il existe un trait commun entre tous les codes du travail de toutes ces régions du monde : c'est le rôle proéminant de l'Etat et de la loi, qu'il s'agisse d'un Etat dictateur, autoritaire, ou démocratique, un Etat qui se donne pour mission de contrôler la réglementation du travail dans un dessein de protection des salariés soit pour qu'ils s'émancipent soit pour qu'ils soient sous l'emprise d'un Etat omnipotent. En Amérique latine comme en Europe, l'Etat s'engage ainsi dans la voie de la protection des travailleurs et impose son tempo. En France et en Europe, les syndicats estiment que leurs victoires ne sont pleinement sanctuarisées que si elles sont codifiées.

Existe-t-il un type de code du travail ou autant de codes qu'il y a d'Etats ? Par exemple dans certains pays au Canada où chaque province est compétente pour élaborer son propre droit du travail, le Québec dispose pour les relations individuelles du travail du code civil et pour les relations collectives et conventions collectives d'un code du travail de moins de 150 articles, -de quoi faire rêver le législateur français ! Mais en plus de ces deux codes, s'appliquent des lois particulières sur la santé et la sécurité au travail, sur les accidents du travail et maladies professionnelles, sur l'égalité salariale, sur les normes du travail. Si dans de nombreux pays, le code est effectivement nettement moins volumineux car n'entrant pas dans le moindre détail, existent des conventions collectives applicables, elles fort longues, voire complexes. Si dans des pays on assemble les lois qui portent sur le travail et qui n'ont pas été codifiées, comme en Allemagne par exemple, on atteint un volume considérable d'un peu plus de 3000 pages[11], finalement comparable au code du travail français. Dans son petit format, ce dernier comprend en effet 1529 pages papier bible pour la partie législative et avec la partie réglementaire pas moins de 2921 pages. D'où l'urgence de le rendre accessible et intelligible selon l'objectif constitutionnel établi dans la Décision du Conseil Constitutionnel de 1999 et explicitée dans la Décision du Conseil de 2003[12]. Pourtant à l'étranger ce même code -tant vilipendé en son pays- est

[11]Arbeitsrechts-Handbuch : SystematischeDarstellungundNachschlagewerkfü die Praxis : édition 2015, 3030 pages, cité par A. Supiot, *Au-delà de l'emploi,* Flammarion, nouvelle édition, 2015, p.XXII.

[12] M. Verpeaux, « La codification devant le Conseil Constitutionnel », *AJDA*, 2004, p.1849. Voir également V. Bernaud, « Recodification ou décodification du droit du travail ? Le Conseil Constitutionnel tranche », *Droit social*, 2008, p.424.

tel fut le rôle assigné au code civil de 1804 [6]». La codification du droit du travail n'échappe pas à ces enjeux politiques de cohésion et d'intégration même s'ils se traduisent différemment.

A la différence d'autres branches du droit, l'origine du droit du travail est relativement récente et son évolution est quasi permanente. La codification des droits du travail date du début du XXème siècle, avec sans doute en tête de file la France qui a adopté le premier code du travail par 4 lois entre 1910 et 1927. Le XXème siècle a connu des vagues de codification du droit du travail. Parmi les derniers venus à la codification, on citera le code du travail du Portugal en 2003, celui du Maroc en 2004[7], ou celui du Luxembourg en 2006. La codification demeure donc une aspiration contemporaine. Elle est ardemment défendue par notre collègue Antonio Fernandez Monteiro en ces termes : « cette codification qui avait été envisagée avec tant de méfiance dans certains milieux académiques révèle quand même une certain aptitude pour faciliter l'accès au droit[8], ce qui est particulièrement important dans le monde du travail. Aucun opérateur juridique, ou simple intéressé, n'accepterait de retourner aux compilations hétérogènes de lois asynchrones et parfois divergentes de jadis. La codification, après la contestation et le doute est devenue irréversible. Même à droit constant, la codification est un événement d'importance non méprisable pour l'affirmation autonome de cette branche du droit au moment même où son utilité sociale et sa raison d'exister sont remises en cause sous les prétextes les plus variés [9]».

Dans l'exercice de comparaison, il faut naturellement éviter de tomber dans le piège des appellations. Beaucoup de codes du travail n'en sont en réalité pas. Ainsi du Code du travail du Québec selon Pierre Verge qui analyse l'échec du projet de codification de la commission en 1984 et indique que ce qui fait office de code ne comprend en réalité qu'un titre portant sur les relations collectives de travail[10]. A l'inverse, certaines lois générales s'apparentent à de véritables codes. Il en est ainsi en Argentine, au Pérou ou au Brésil. C'est aussi le cas de la loi sur le contrat de travail de 2007 en Chine qui embrasse les aspects individuels de la relation de travail mais aussi les relations collectives. Plus proches de nous, en Europe, il existe des textes qui sont assez proches de la codification quand ce sont des lois générales portant sur des

sous-ensembles du travail (relations individuelles/relations collectives) ou quand ce sont des lois portant statut du travailleur. En Italie, le Statuto dei lavoratori de 1970, comprend 41 articles pour 6 titres : 1. Liberté et dignité du travailleur 2. Liberté syndicale.3. Activités syndicales. IV Dispositions générales5. Placement. 6. Dispositions finales. En Espagne, l'Estatuto de lostrabajadores de 1980 rassemble 92 articles autour de 3 titres : 1. Relations individuelles de travail, 2. Droit de la représentation et de réunion 3. Négociation collective et convention collective de travail. Cette idée de Statut s'inscrit dans une démarche intellectuelle et politique assez caractéristique de la décade des années 70 non encore touchée par la crise économique durant lesquelles le mouvement ouvrier est à son faîte avec des organisations syndicales puissantes et des acteurs globalement confiants dans l'avenir. La discipline s'est aussi alors complètement détachée du droit civil. D'ailleurs, en France la codification de 1973 abandonne l'expression civiliste de contrat de louages de services au profit de celle de contrat de travail. Allant plus loin, les législateurs italien et espagnol en tirent la conséquence d'un statut pour le travailleur.

On pourrait dresser une mappemonde de la codification du droit du travail. Liée à une forme de pensée, à un souci d'ordonnancement, d'efficacité, et de systématisation, traduisant un

[6] G. Rémillard, « Codification et mondialisation », *Les Cahiers du droit*, vol. 46, n°1-2, 2005, p.601.
[7] R.FilaliMeknassi, « La codification de la législation du travail au Maroc, une étape dans la modernisation du système des relations professionnelles », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2004, p.77.
[8] Soulignée par nous.
[9] A. Monteiro Fernandes, « Actualités juridiques internationales – Portugal », *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2003.
[10] P. Verge, « Une codification du droit régissant le travail au Québec : un objectif à poursuivre ? », *Les Cahiers du droit*, vol.46, n°1-2, 2005, p.77.

Quelques leçons du droit comparé sur la codification

Isabelle DAUGAREILH
Directrice de recherche CNRS
Directrice du COMPTRASEC

La codification est une vieille aspiration à laquelle peu d'Etat ont échappé. Sans remonter à son histoire quatre fois millénaire, songeons simplement que même la perfide Albion fut tentée d'adopter au XVIème siècle le projet de Francis Bacon en 1593 ou encore celui de Jeremy Bentham en 1828, comme le furent les nouveaux Etats d'Amérique au XIXème siècle. On a même pu parler « d'un véritable enchantement du monde de la *Common law* pour la codification.[1]» Finalement, le trait distinctif entre système juridique de pays de droit civil et système juridique de *Common law* que peut constituer l'existence même d'un code est une construction assez récente qui résulte autant de la victoire de certaines forces socio-professionnelles[2] et politiques que de considérations culturelles et juridiques[3] se traduisant pour ces dernières dans la maxime : *Common lawis not another than common reason.*

Vues les proximités entre consolidation, codification et compilation, comment peut-on définir un code ? Selon le vocabulaire juridique Cornu, sur le plan formel, c'est un recueil de lois et plus précisément un recueil officiel de dispositions législatives et réglementaires qui régissent une matière. Sur un plan intellectuel, c'est un ensemble cohérent de règles qui gouvernent une matière : corps de droit résultant en une matière du regroupement et de l'ordonnancement des règles qui s'y rapportent (en général selon un plan systématique) qui peut être le fruit soit d'une véritable codification (à droit nouveau), soit d'un codification administrative purement formelle (à droit constant c'est à dire assemblant des règles juridiques éparses applicables à une matière sans leur faire subir de modifications autres que de pure forme). Une autre forme de codification serait née en ce début de 21ème siècle, la codification dynamique dans un premier temps appelée codification à droit inconstant[4].

La codification est toujours un événement législatif et politique, chargé d'émotions, soulevant des controverses en raison de ses enjeux techniques mais aussi politiques[5]dans le sens où elle unit une nation géographiquement et socialement ; elle est donc porteuse d'une certaine forme de nationalisme tout en ayant une dimension internationale, voire impérialiste si l'on s'en réfère au code Napoléon dont l'objectif était l'objectif de « pallier la grande insécurité juridique qui découlait au lendemain de la Révolution d'un semble normatif fort disparate en fonction des diverses sources et des diverses régions de France. Il fallait trouver un instrument puissant de cohésion et d'intégration :

---

[1] R. Sefton-Green « Les codes manqués », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2005, p.539, citant G. Weiss, « The Enchantment of Codification in the Common Law World », *Yale International Law Journal*, 2000, p.435.

[2] La non codification en Angleterre est notamment le fruit d'une résistance de la profession des avocats qui n'avaient aucun intérêt à ce que le droit devienne plus clair et plus accessible. Cf. R. Sefton-Green, ibid. Cette forme de protectionnisme professionnel pourrait bien être aussi un motif inavoué des actuels adversaires de la simplification du droit –du travail- en France.

[3] On se réfère ici aux sources du droit qui sont judiciaires dans les pays de Common law dans lesquels le juge raisonne sur la base de l'empirisme ou du conventionnalisme ; le droit venant d'en bas, trouvant sa source dans la coutume, la tradition et la raison. Cf. G.Rémillard, « Codification et mondialisation », *Les Cahiers du droit*, vol. 46, n°1-2, 2005, p.601.

[4] Voir N. Molfessis, « Une nouvelle forme de codification : la codification dynamique », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p.159.

[5] Sur ces enjeux voir R. Cabrillac, «Les enjeux de la codification en France», *Les Cahiers du droit*, vol.46, n°1-2, 2005, p.533.

L'expérience tunisienne en matière de négociation collective est relativement riche. Mais, sur le plan juridique, le système tunisien souffre encore de l'absence d'un cadre légal adéquat relatif à l'organisation du processus de la négociation. En effet, le Code du travail ignore le droit de la négociation collective en tant que processus qui nécessite d'être encadré juridiquement dans ces différentes étapes. Il s'intéresse essentiellement aux fruits de cette négociation se traduisant par la conclusion d'un accord collectif.

Ce vide juridique se manifeste surtout au niveau de la représentativité des syndicats habilités à négocier et conclure les conventions collectives. Ainsi, tout en se référant à la notion de représentativité syndicale, la loi ne fixe pas ses critères. Or, établir des critères objectifs de la représentativité des syndicats est devenu un impératif juridique et social de l'avènement actuel du pluralisme syndical.

Un autre vide juridique concerne l'organisation institutionnelle des négociations collectives. La loi ne fixe pas, en effet, la périodicité des négociations, ni les modalités et les procédures de leur déroulement. Il en résulte que la négociation risque d'être soumise à l'affrontement des acteurs économiques et sociaux et à la loi du plus fort, et de perdre ainsi une grande partie de sa signification et de sa dynamique.

A cela s'ajoute que l'attitude du législateur ne favorise pas le développement de la négociation d'entreprise dans la mesure où la loi établit une hiérarchie rigide entre la convention de branche et la convention dite d'établissement, ce qui implique une grande centralisation des négociations et leur manque d'adaptation à la réalité de l'entreprise.

Par ailleurs, le Code du travail garde encore un silence quasi total s'agissant de la place du syndicat sur les lieux de travail. Tout en instituant un système de représentation non syndicale dans l'entreprise, à travers des organes élus, mais dont l'efficacité comme mécanisme de dialogue social est très douteuse, la loi semble ignorer le rôle de l'organe syndical comme structure de représentation du personnel et interlocuteur permanent de l'employeur. Cette abstention du législateur n'a pas empêché, pourtant, l'organe syndical de s'affirmer dans plusieurs entreprises où il est devenu un acteur incontournable pour tout dialogue sérieux et authentique. C'est dire que l'attitude du législateur est totalement coupée de la réalité sociale qui lui échappe.

Certes, les conventions collectives ont atténué partiellement ce vide juridique observé au niveau du Code du travail. Elles ont introduit l'ébauche d'un statut du syndicat dans l'entreprise en tant représentant de la collectivité des salariés et interlocuteur privilégié du chef d'entreprise. Mais la voie conventionnelle, qui reste par définition une source fragile, étant déterminée par le rapport des forces entre les partenaires sociaux, n'est pas suffisante à encadrer juridiquement l'exercice d'un droit aussi fondamental que celui relatif à l'action syndicale dans l'entreprise.

Une intervention du législateur en vue d'introduire une réforme substantielle du droit syndical nous semble alors nécessaire. Cette réforme doit s'inscrire dans une démarche de modernisation de l'ensemble du système des relations professionnelles, en vue de réhabiliter les organisations syndicales des salariés et des employeurs dans leur rôle d'acteurs incontournables de la démocratie sociale qui est l'indispensable complément de la démocratie politique.

Mais la constitutionnalisation du droit au travail n'est pas suffisante, surtout dans le contexte actuel de la Tunisie où la lutte contre le chômage et l'insécurité de l'emploi constitue un enjeu crucial et un défi majeur pour la transition démocratique. Elle nécessite alors d'être consolidée, d'une part, par l'intervention du législateur en vue de transcrire fidèlement les prescriptions de la Constitution dans le reste de l'ordonnancement juridique et, d'autre part, par l'engagement de l'Etat d'adopter une politique active permettant d'assurer au mieux le droit pour chacun d'accéder à la vie professionnelle et visant à promouvoir le plein emploi productif et librement choisi, comme l'exige la Convention de l'OIT n° 122 ratifiée par la Tunisie depuis 1965.

En réalité, la promotion de l'emploi a toujours été affichée en Tunisie comme étant une priorité de l'intervention de l'Etat dans le domaine économique et social. Les pouvoirs publics ont d'ailleurs adopté, depuis plusieurs années, une panoplie de mesures incitatives à l'emploi, engendrant des dépenses élevées. Mais, l'efficacité de ces mesures reste dans l'ensemble très limitée, voire incertaine.

Du reste, il n'est pas difficile d'observer le manque de synergie entre le droit de l'emploi, composé de texte très dispersés et d'une lisibilité difficile, et le droit du travail. En effet, le Code du travail en vigueur semble ignorer le droit de l'emploi. Il demeure anachronique en ce qu'il s'intéresse uniquement aux travailleurs disposant d'un emploi, négligeant le droit fondamental au travail, et son corollaire indispensable le droit à la formation professionnelle, ainsi que les responsabilités sociales de l'entreprise dans ce domaine. L'attitude du législateur reste dominée par un esprit libéral selon lequel le marché du travail est censé fonctionner librement, étant fondé sur une logique d'autorégulation, sans être soumis à des principes fondateurs des échanges qui s'y déroulent. Une refonte du Code du travail est aujourd'hui nécessaire en vue d'assurer une harmonisation de ses dispositions avec les textes régissant l'emploi et la formation professionnelle et facilitant le passage d'une politique de l'emploi à un véritable droit de l'emploi. Mais cette réforme ne pourra être élaborée et réalisée efficacement qu'en concertation aves les partenaires sociaux, à travers une démarche fondée sur le principe du dialogue efficient comme pilier de tout système moderne des relations professionnelles.

B- Inadaptation du Code à l'exigence de modernisation du système des relations professionnelles

En Tunisie, comme ailleurs, le système des relations professionnelles vise essentiellement à fixer les règles du jeu social régissant les rapports de conflit, de dialogue et de négociation entre les acteurs économiques et sociaux.

Mais, sans l'existence d'interlocuteurs représentatifs et légitimes, il est vain de parler de système moderne des relations professionnelles. Dans ce cadre, le principe de la liberté syndicale joue un rôle central dans l'ordonnancement de ce système et revêt une signification particulière comme pierre angulaire de la démocratie sociale.

Proclamé par la Constitution de 1959, le principe de la liberté syndicale est confirmé aussi par la nouvelle Constitution Tunisienne (art. 35 et 36). Celle-ci indique que les textes régissant le statut des syndicats doivent prendre la forme de lois organiques (art. 65). Or, c'est toujours le Code du travail, promulgué en 1966 par une loi ordinaire, qui contient l'essentiel des dispositions relatives à ce sujet, ce qui pose certainement un problème de non-conformité aux exigences de la Constitution.

Inspirées d'une conception libérale, ces dispositions consacrent un statut juridique des syndicats qui favorise leur autonomie à l'égard de l'autorité étatique et leur accorde un ensemble de prérogatives leur permettant d'intervenir comme collaborateurs de l'Etat dans la régulation des relations sociales. Cette fonction assignée aux syndicats se manifeste, notamment, à travers la négociation des accords collectifs en tant qu'instrument privilégié du dialogue social et l'une des sources essentielles du droit du travail.

Curieusement, le Code du travail tunisien est muet sur cette question. Il ne comporte pas de dispositions spécifiques fixant clairement les règles de conciliation entre les libertés du salarié et les contraintes générées par l'intérêt de l'entreprise, et ne protège pas par des sanctions adaptées les libertés prééminentes, intransgressibles, liées au principe de dignité.

Le principe d'égalité est aussi un principe fondamental à dimension universelle. Il est affirmé par la nouvelle Constitution tunisienne, notamment dans son article 21 qui dispose que les citoyens et citoyennes sont égaux devant la loi sans discrimination. Ce principe revêt également une importance particulière en droit du travail.

Certes, le rapport de travail est dominé par l'inégalité entre l'employeur et le salarié. Cette inégalité est d'ailleurs consacrée par la loi, même si elle est atténuée notamment par l'institution d'un contre-pouvoir salarial collectif face à l'autorité patronale. Mais l'exercice de cette autorité doit aussi se conformer à l'exigence d'égalité entre salariés, ce qui implique surtout l'interdiction des pratiques discriminatoires intolérables sur le plan de la dignité humaine. La discrimination illicite apparait, en effet, comme une entorse au principe d'égalité. Or, le Code du travail tunisien ne donne aucune définition de la notion de discrimination dans les rapports de travail et ne fixe aucune règle permettant de distinguer entre les décisions patronales impliquant une différence de traitement licite et celles qui peuvent être jugées discriminatoires. D'ailleurs, le principe de non-discrimination n'est consacré par le Code du travail que d'une façon partielle et lacunaire à travers quelques dispositions spécifiques à certains aspects déterminés, tel que l'article 5 bis relatif à l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe. Mais l'effectivité de cette disposition demeure douteuse à cause, notamment, des difficultés de preuve et de l'inefficacité de la sanction du comportement discriminatoire. Le Code du travail interdit aussi la discrimination en matière de rémunération entre les travailleurs permanents et non permanents (art. 6-4, al.3), mais il ignore le principe d'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale comme l'exigent les normes de l'OIT.

Toutes ces insuffisances et lacunes attestent le caractère archaïque du Code du travail, ce qui explique aussi qu'il reste dans une large mesure un Code inadapté aux exigences de la transition démocratique.

II- Un Code inadapté

Promulgué en 1966, dans un contexte marqué par une forte tutelle de l'Etat sur l'ensemble de la société et son interventionnisme très poussé en matière économique et sociale, le Code du travail est devenu aujourd'hui inadapté à l'évolution des rapports de travail et aux exigences de la transition vers la démocratie. Deux illustrations de cette inadaptation peuvent être analysées : l'une concerne la question de l'emploi (**A**) et l'autre porte sur la modernisation du système des relations professionnelles (**B**).

A- Inadaptation du Code à l'exigence de promotion de l'emploi

L'exigence de l'emploi est devenue aujourd'hui l'un des paramètres essentiels de toute législation sociale qui se veut moderne et progressiste. Le droit au travail a acquis alors une valeur certaine comme l'un des droits sociaux fondamentaux solennellement affirmé par les normes internationales et constitutionnellement proclamé. Dans ce cadre s'inscrit l'article 40 de la Constitution tunisienne de 2014 annonçant que tout citoyen et citoyenne a le droit au travail dans des conditions décentes, tout en mettant à la charge de l'Etat une obligation de prendre les mesures nécessaires en vue de garantir ce droit sur la base de la compétence et de l'équité. Cette disposition assigne, ainsi, à l'organisation du marché du travail une finalité bien déterminée : celle de promouvoir l'emploi comme vecteur de dignité.

Le principe de dignité renvoie à l'essence même de l'être humain et exprime une norme universelle : l'homme doit être perçu comme une fin en soi et non comme moyen. De ce point de vue, la dignité est le socle sur lequel est construite toute la philosophie des droits fondamentaux de la personne humaine.

En droit tunisien, le principe de dignité, érigé depuis 2002 au rang de principe constitutionnel, est aujourd'hui renforcé par la nouvelle Constitution de 2014. Se référant dans son préambule au « statut de l'homme en tant qu'être élevé en dignité », cette Constitution annonce dans son article 21 que l'Etat veille à assurer aux citoyens et citoyennes « les conditions d'une vie digne ». De même, elle dispose dans son article 23 que « l'Etat protège la dignité de la personne ». Or, il n'est pas difficile de dégager la place fondamentale du principe de dignité dans la législation moderne des rapports du travail. On peut même ajouter que la législation sociale a toujours eu comme finalité première d'écarter les formes d'exploitation de la force de travail qui la réduisent à une chose ; à une marchandise. Aujourd'hui, l'émergence du principe de dignité est considérée comme l'un des traits les plus significatifs de l'évolution de cette branche juridique au cours des dernières années. Pourtant, le Code du travail en Tunisie garde un grand silence sur ce principe. Ainsi, par exemple, il ignore la notion de harcèlement sexuel ou moral sur les lieux du travail, qui constitue à l'évidence une atteinte à la dignité de la personne humaine. Certes, l'article 76 du Code exige du chef d'entreprise, dans les établissements où sont employés des enfants de moins de dix-huit ans ou des femmes, de « veiller au maintien des bonnes mœurs et à l'observation de la décence publique ». Mais ces dispositions trop générales sont loin d'être suffisantes pour assurer une protection effective de la dignité au travail.

Le principe de dignité est en rapport étroit avec un autre principe à vocation générale et qui revêt aussi une importance particulière comme vecteur des droits sociaux fondamentaux, à savoir le principe de liberté. Mais ce principe entretient avec le droit du travail des rapports pour le moins complexes. Certes, dans les rapports de travail, le principe demeure celui de la liberté contractuelle. Le Code du travail ne fait que consacrer ce principe lorsqu'il annonce, par exemple, qu'en matière d'embauchage l'employeur n'est pas obligé de recruter le travailleur qui lui est présenté par le bureau de placement, et que le travailleur n'est pas également obligé d'admettre l'emploi qui lui est présenté par ce bureau (art. 283). Cette disposition consacre, ainsi, le principe de la liberté professionnelle qui se traduit ici par la liberté d'embauchage pour l'entreprise et la liberté de travail pour le salarié. Ces deux libertés qui constituent les deux faces d'une même médaille s'identifient à la liberté contractuelle qui comportent la liberté de contracter et celle de ne pas contracter. Mais, tout en plaçant le rapport de travail sous l'égide de la liberté contractuelle, le Code du travail ne contient aucune disposition explicite incriminant le travail forcé dans ces différentes formes, et qui constitue certainement une négation de la dignité humaine. De même, tout en accordant à l'entreprise une large flexibilité en matière d'emploi, y compris à travers le recours à la sous entreprise de mains-d'œuvre, le législateur n'a pas institué un dispositif répressif interdisant et incriminant le marchandage et le prêt illicite de mains-d'œuvre.

Par ailleurs, si le contrat de travail implique par définition une renonciation partielle du salarié à sa liberté, étant donné le lien de subordination dans lequel il est placé à l'égard de son employeur, on doit reconnaitre qu'il y a toujours une part inaliénable de la liberté que son titulaire lui-même ne peut abdiquer, car elle est inhérente à la condition humaine. Ainsi, une conciliation s'impose entre les exigences liées aux obligations du salarié envers l'entreprise et ses libertés fondamentales. Certaines libertés du salarié peuvent faire l'objet de restrictions issues du contrat de travail, et s'incliner ainsi devant les intérêts légitimes de l'entreprise. Ces restrictions doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. D'autres libertés dont bénéficie le salarié en sa qualité d'homme et de citoyen ne peuvent, en revanche, faire l'objet de restriction ou de dérogation.

Aussi, convient-il de les considérer comme « hors contrat » et de les rattacher au domaine de l'ordre public absolu.

I- Un Code archaïque

En droit du travail, comme dans toute autre discipline juridique, la codification vise essentiellement à assurer la cohérence des règles et leur articulation et à garantir une meilleure accessibilité et lisibilité de la loi, ce qui répond à l'exigence de sécurité juridique. Or, le Code du travail tunisien est loin de répondre à cet objectif à cause de son caractère inharmonieux (**A**) et lacunaire (**B**)

A- Un dispositif inharmonieux

Composé de sept livres, le Code du travail tunisien se présente beaucoup plus comme une compilation de textes mal articulés, qu'un véritable instrument de codification.

D'abord, un manque de cohérence domine les différents livres et chapitres de ce Code. Ainsi, par exemple, les dispositions relatives à la fin du contrat de travail sont insérées dans le livre premier intitulé « La formation des rapports du travail ». Dans le même livre, on trouve des dispositions relatives aux obligations du salarié, ainsi que celles régissant les conventions collectives du travail. En revanche, d'autres dispositions qui concernent directement l'élaboration des rapports de travail, telles que celles relatives aux opérations de placement et de recrutement des travailleurs ou celles relatives à l'emploi des étrangers, se trouvent insérées ailleurs dans le dernier livre du Code intitulé « Dispositions spéciales ».

D'ailleurs, ce livre se présente comme un texte fourre-tout, au contenu hétérogène, dans lequel s'entassent diverses dispositions sans aucune articulation ni cohérence. On y trouve pêle-mêle des dispositions fixant le régime des syndicats, celles relatives à la déclaration des établissements, celles portant sur l'inspection médicale du travail, celles relatives aux vêtements du travail, celles qui concernent le régime de la formation professionnelle, la médaille du travail, les jours fériés chômés et payés…Du reste, tout en réservant un livre aux dispositions pénales (livre VI), le Code contient plusieurs autres dispositions ayant aussi un caractère pénal mais qui se trouvent insérés dans divers chapitres en dehors de ce livre.

Ensuite, on peut observer également un manque d'harmonie entre le texte arabe du Code, qui constitue la source officielle, et sa version en langue française. Ainsi, par exemple, s'agissant de la représentativité syndicale comme condition exigée pour la conclusion d'une convention collective de branche, l'article 39 dans le texte arabe utilise le singulier en se référant à l'organisation la plus représentative, alors que le même article dans sa version française utilise le pluriel en se référant aux organisations les plus représentatives. De même, s'agissant du droit au repos d'allaitement pour la femme suite à son accouchement, l'article 64 dans le texte arabe du Code prévoit que ce droit est accordé durant une période de neuf mois, alors que le même article dans sa version française fixe cette période à une année.

Enfin, le caractère inharmonieux du Code s'accentue à cause de l'absence d'un chapitre fixant les principes essentiels du droit du travail. L'absence d'une consécration claire de ces principes dans le Code traduit une conception archaïque du dispositif juridique régissant les rapports de travail et atteste son caractère très lacunaire.

B- Un dispositif lacunaire

Dans un Code du travail moderne, l'existence de principes fondateurs est indispensable pour ordonner l'ensemble des règles régissant les rapports entre employeurs et salariés, assurer la cohérence de ces règles et constituer un système de référence pour leur interprétation et leur application. Or, le Code du travail tunisien semble ignorer ces principes, parmi lesquels il y a lieu d'évoquer surtout les principes de dignité, de liberté et d'égalité.

Rapport introductif au Cinquantenaire du Code du travail : Lecture critique d'un texte anachronique

Nouri MZID
Professeur à la Faculté de droit de Sfax

L'adoption du Code du travail tunisien, promulgué par la loi n° 66-27 du 30 avril 1966, a été considérée comme un évènement historique. En effet, avant cette date, les textes régissant les rapports de travail étaient éparpillés et, dans leur grande majorité, adoptés avant l'indépendance. A cette époque, le Droit du travail en Tunisie était essentiellement un produit d'importation lié au contexte de la colonisation. Cette constatation n'est pas, en réalité, propre au cas tunisien. Partout en Afrique, le droit du travail a été marqué par son origine coloniale.

Après l'indépendance, le système des relations du travail a été confronté à un contexte politique, économique et social tout à fait nouveau. L'Etat indépendant a voulu intégrer la question sociale comme moyen de légitimation de son avènement historique et de validation du pouvoir. Les restrictions en matière de libertés et de droits politiques ont été contrebalancées par des politiques redistributives, assises sur une rhétorique du nationalisme et du solidarisme, formant ainsi la base de légitimité de l'Etat. C'est, en effet, sous le contrôle direct de l'Etat, intervenant à la fois comme premier employeur et arbitre ultime, que se sont élaborés dés les premières années de l'indépendance plusieurs programmes de réformes sociales en tant qu'outils de régulation politique et de gestion de la force de travail.

Cependant, le dirigisme étatique et la tutelle politique sur les syndicats, durant la décennie des années 1960, ont constitué des facteurs de stagnation du système des relations professionnelles et ont abouti à un effacement quasi-total du rôle des partenaires sociaux dans le processus de création des normes du travail.

C'est dans ce contexte que fut promulgué en 1966 le Code du travail, à un moment de crise entre le pouvoir et l'UGTT qui avait refusé sa mise sous tutelle par l'Etat-Parti et avait revendiqué des augmentations salariales suite à la dévaluation du Dinar. La promulgation du Code du travail, dont le texte a été débattu par l'ancienne Assemblée Nationale en moins de trois jours, avec une assistance réduite de moitié, n'était alors qu'une façon de masquer cette crise dans les rapports entre la centrale syndicale et l'Etat-Parti. C'est ce qui explique que ce Code était plus une œuvre d'assemblage qu'une œuvre de création.

Le Code de 1966 a fait l'objet de quelques réformes partielles, dont essentiellement celle de 1994 et celle de 1996. Ces deux réformes, introduites dans un contexte de renforcement de la fonction du marché et d'intégration de l'économie tunisienne au système de globalisation, étaient marquées surtout par un souci d'adaptation de la législation sociale aux exigences liées aux mutations économiques et aux contraintes de la concurrence.

Aujourd'hui, une réflexion sur une éventuelle refondation du droit du travail dans le contexte actuel de la transition démocratique en Tunisie, nous semble nécessaire, voire urgente. Elle doit passer avant tout par une refonte totale du Code du travail qui est devenu à la fois un Code archaïque (**I**) et inadapté (**II**).

Et cela est la raison pour laquelle j'apprécie beaucoup notre partenariat avec l'Institut National du Travail et des Etudes Sociales, avec qui nous essayons d'enrichir le débat autour des différents thèmes stratégiques entre le milieu académique et les acteurs associatifs.

Pour ceux qui ne connaissent pas encore notre fondation et notre travail, je vais vous donner un petit aperçu :

La Fondation Friedrich Ebert, fondée en 1925, est la plus ancienne fondation politique allemande et porte le nom du premier président allemand démocratiquement élu. Elle est une institution indépendante d'utilité publique, qui œuvre afin de diffuser et consolider les valeurs de la démocratie sociale en participant à l'élaboration d'une politique destinée à renforcer la liberté, la solidarité et la justice sociale. Cette mission, la FES la remplit en Allemagne et à l'étranger à travers plus de 100 bureaux par le biais de ses programmes de formations, de coopération internationale.

Depuis plus de 25 ans (février 1988), la fondation Friedrich Ebert a un bureau permanent en Tunisie et s'y engage pour le dialogue, la démocratie et le développement. Dans ce cadre nous travaillons avec plusieurs partenaires afin de réaliser ces objectifs. Aujourd'hui, notre partenariat s'inscrit dans ce cadre.

Aujourd'hui, la présence d'un panel d'experts en la matière va permettre un échange d'expérience et un enrichissement mutuel certain.

Je vous remercie de votre présence et je vous souhaite un agréable échange.

Merci de votre attention.

Henryk MEYER
Représentant Résident
Tunis, 27 avril 2016

Allocution de bienvenue

Journée d'étude sur : « Le cinquantenaire du code du travail »

Henrik MEYER
Représentant Résident
Fondation Friedrich-Ebert (Tunisie)

Monsieur le Directeur de l'Institut National du Travail et des Etudes Sociales, **Pr**. **Abdessattar MOUELHI,**
Pr. Isabelle DAUGAREILH , Directrice Le Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale (COMPTRASEC), Université de Bordeaux,
Pr. Nooman ERRKIK, Doyen de la faculté de droit de Sfax,
Pr. Semi BOSTANJI, Doyen de la Faculté de droit de Tunis,
Pr.Mahmoud Ben Romdhane, Ministre des Affaires Sociales,
Mesdames, Messieurs,
Chers intervenants.

C'est avec plaisir que je vous souhaite, au nom de la Fondation Friedrich-Ebert, la bienvenue à ce rendez-vous organisé en partenariat avec **l'Institut National du Travail et des Etudes Sociales-INTES,** c'est avec une grande joie que nous vous accueillons aujourd'hui dans le cadre de cette Journée d'étude ayant pour thème : **« Le cinquantenaire du code du travail »**

Pour la Fondation Friedrich Ebert que j'ai l'honneur de représenter, le code du travail est au cœur de ses intérêts. Pour nous, qui faisons partie du mouvement ouvrier, le cadre juridique que représente le code du travail est un élément essentiel pour garantir la dignité de chaque employé. Le code du travail tunisien était un grand pas vers un monde de travail moderne et juste quand il a été élaboré et adopté. Dans les cinquante ans qui se sont passés depuis, évidemment beaucoup de choses ont changé. Si on regarde le code du travail aujourd'hui, il faut en même temps reconnaître ses mérites et réfléchir des nécessités de changement.

Pour cette raison, l'objectif de ce colloque n'est pas seulement la commémoration du "cinquantenaire du code du travail tunisien " mais aussi de réfléchir (ou de faire en sorte) à comment le rendre plus adapté et plus apte à faire face à la réalité politique, sociale et économique. Un tel code du travail qui protège les employés tout en correspondant à cette réalité, peut accompagner la Tunisie durant son processus de transition démocratique.

Nous avons la conviction, au sein de la fondation Friedrich Ebert, que toute évolution du code de travail doit avoir pour objectif : - l'amélioration des relations entre employeurs et travailleurs - la protection des employés et l'amélioration de leurs conditions de travail - garantir le respect des normes de sécurité du travailleur et de ses libertés syndicales afin de contribuer à faire progresser les droits économiques et sociaux ainsi que la justice sociale pour le pays.

Cela sans des objectifs ambitieux, certes, et il est évident que les conditions économiques cadres dans lesquelles doit s'intégrer le code du travail sont actuellement très difficiles. Mais nous sommes convaincus que la discussion du code du travail peut contribuer à une meilleure future pour les tunisiens et les tunisiennes.

Table des matières

Page

Allocution de bienvenue
Henrik MEYER..... 6
Rapport introductif
Nouri MZID 8
Quelques leçons du droit comparé sur la codification
Isabelle DAUGAREILH 14
Petite histoire de la codification du droit du travail français
Sébastien TOURNAUX 32
Le droit du travail en Algérie: Constat et perspectives
Noureddine BENCHEIKH..... 44
Destinée d'un Code du travail. Réflexions sur l'expérience française
Antoine LYON-CAEN 49
Quelle protection du salarié face au licenciement économique dans le code du travail ?
Dammak-Lahiani Hazar 55
La protection pénale de la dignité du salarié dans le code du travail
ABID ZINET..... 76
Le statut de l'inspecteur du travail à l'épreuve de l'exigence d'effectivité
du droit du travail
Imen Ben MOHSEN SAYARI..... 87
La modernisation du dialogue social: approche comparative
Isabelle DAUGAREILH...... 95
Rapport final /
Abdessatar MOUELHI 109

Professeurs et jeunes chercheurs ont donné le meilleur de leur savoir pour honorer une grande figure du Droit du travail par ce florilège de contributions scientifiques sur des questions essentielles en Droit du travail et dans le Code du travail à l'occasion du cinquantenaire de ce Code organisé, à Tunis les 27 et 28 avril 2016, par l'Institut National du Travail et des Etudes Sociales de l'université de Carthage en partenariat avec la faculté de Droit de Tunis (université de Tunis-Elmanar), la faculté de Droit de Sfax (université de Sfax) et le centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (université de Bordeaux).

Il s'agit d'un ouvrage de doctrine en hommage à un juriste hors pair. Par sa lecture, l'on ressent le profond respect des auteurs envers le destinataire ainsi que le plaisir qu'ils ont eu à prendre part à cette œuvre.

Pr. Abdessatar MOUELHI
Directeur de l'INTES- Université de Carthage

Le Doyen Mongi TARCHOUNA

(1952-2015)

« L'autre visage des martyrs de la patrie : Martyr de la science ». C'est en ces termes qu'un journaliste a intitulé son article daté du 03 décembre 2015 pour annoncer le décès de l'un des piliers du droit civil et du Droit social en Tunisie : le Doyen **Mongi TARCHOUNA**

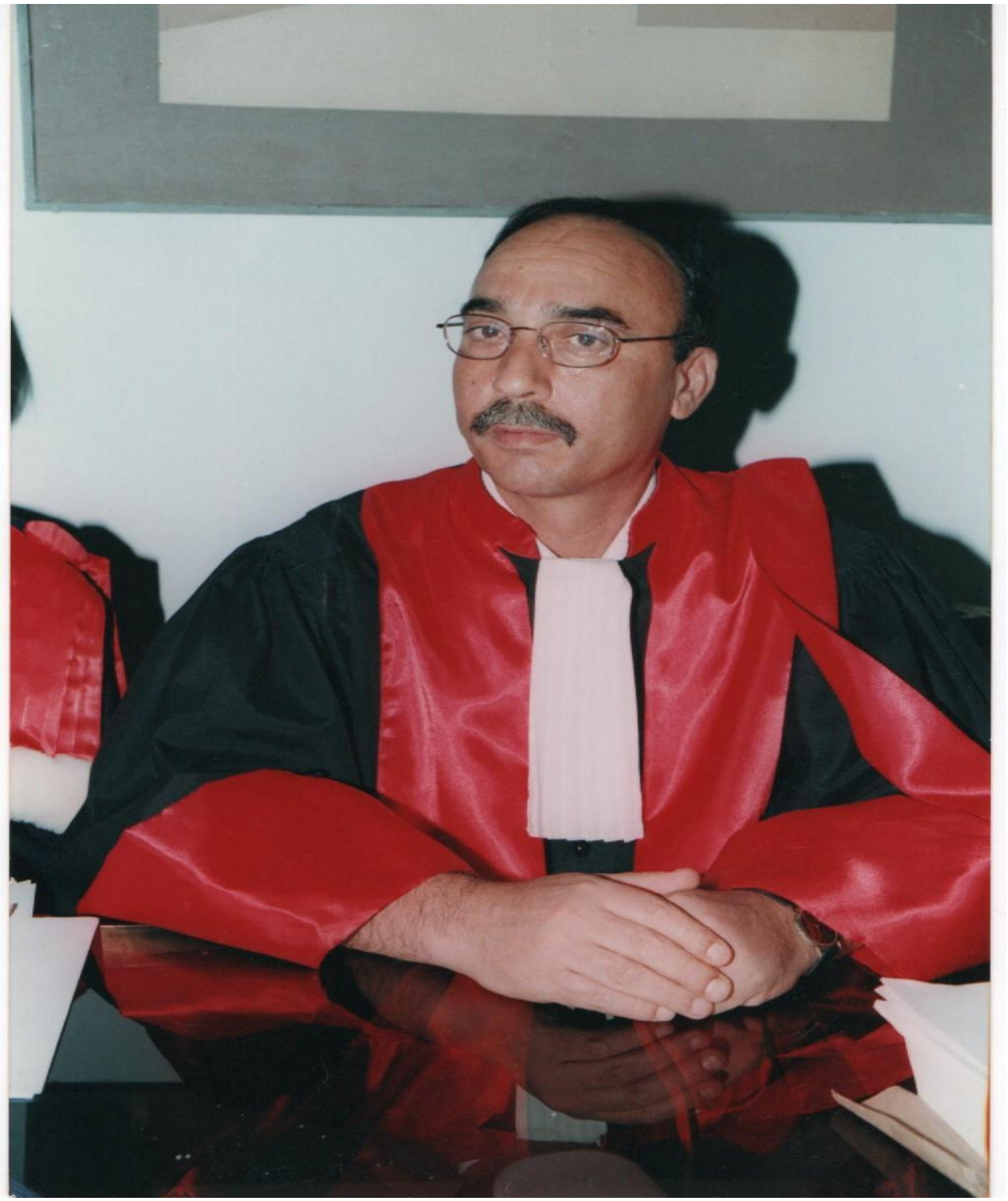
Le Droit social concerne tout le monde mais intéresse peu de gens. A l'université, Mongi TARCHOUNA fut parmi les rares Professeurs-chercheurs qui ont pensé le droit du travail en Tunisie pour en être la personnalité juridique prestigieuse. Il a dédié sa vie à ce droit, levier de la justice sociale, et eu le mérite de donner au Droit du travail "sa noblesse" de discipline juridique.

Le professeur Mongi TARCHOUNA s'investissait, corps et âme, dans la recherche scientifique et essayait, de toutes ses forces et en toute endurance, de bien accomplir sa mission en tant qu'enseignant universitaire. Il se voulait « Maître » dans son domaine et se comportait en toute modestie pour se tenir loin de toutes formes d'arrogance intellectuelle. Titulaire d'un doctorat d'Etat en Droit de l'Université de la Sorbonne-Paris I par une thèse, préparée sous la direction du Professeur Gérard Lyon Caen portant "La négociation collective en Tunisie", Mongi TARCHOUNA était Professeur à l'Institut National du Travail et des Etudes Sociales et Professeur à la Faculté de Droit et de sciences économiques et politiques (actuellement faculté de droit et des sciences politiques) de Sousse et Doyen de la même faculté de 1999 à 2005.L'homme a dirigé de nombreux travaux de recherche et il est auteur et co-auteur d'une centaine de travaux(articles, ouvrages, etc.).

L'étudiant était au centre de ses préoccupations. Il œuvrait pour que l'université soit un lieu de formation de qualité pour des étudiants autonomes, cultivés et prêts à affronter le marché de travail et assurer des responsabilités professionnelles et sociales. Un de ses objectifs majeurs était de participer à la formation d'une génération capable de prendre la relève et de travailler pour le développement et le progrès de son pays : la Tunisie. Beaucoup de ses anciens étudiants ont réussi leurs vies professionnelle et sociale ; c'était sa grande fierté !

Syndicaliste de conviction et d'affiliation, le Professeur TARCHOUNA était fier de s'arranger du côté des causes sociales justes, de servir la diffusion des droits de l'homme au travail et de contribuer, par les activités de recherche et de conscientisation, au respect et à la promotion des droits sociaux dans le respect du Droit et notamment dans le respect du Code de travail. Pour lui, le Code de travail était une source d'autorité mais il n'était pas sacré : il a, maintes fois, appelé à la nécessité de sa révision.

Le Doyen Mongi TARCHOUNA



Mélange de timidité, de gentillesse et de générosité, **le Doyen Mongi TARCHOUNA** était d'une grande sagesse et honnêteté et avait une personnalité militante jusqu'au bout de la parole et du silence !

Un hommage au
Doyen Mongi TARCHOUNA