

الأساس القانوني لمنع الإستخلاف بسبب ممارسة حق الإضراب "دراسة تحليلية
ونقدية للمادة 1/33 من القانون 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات
الجماعية في العمل و تسويتها و ممارسة حق الإضراب "
بوسعيدة دليلة
أستاذة مساعدة قسم " أ " جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة

مقدمة :

الإضراب هو التوقف الجماعي والمتفق عليه عن العمل؛ من طرف العمال بهدف ممارسة الضغط على المستخدم و الحصول على تلبية المطالب المهنية التي هي موضوع الخلاف معه¹.
و حق الإضراب في القانون الجزائري هو أحد الحقوق الأساسية للعمال، وله قيمة دستورية نتيجة الإقرار الدستوري الصريح به عبر مختلف الدساتير التي عرفت الجزائر منذ الإستقلال إلى غاية التعديل الدستوري لسنة 2016، حيث جاء النص عليه ضمن الفصل المتعلق بالحقوق و الحريات².
تجسيدا لهذا التكريس الدستوري صدر القانون رقم 90-02³، ليكرس حق

¹ BELLOULA Tayeb, Droit du travail, DAHLAB, Alger, 1994, p 555.

² المادة 71 / 1 من القانون رقم 16-01، المؤرخ 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14، لسنة 2016، تنص: " الحق في الإضراب معترف به، و يمارس في إطار القانون".
³ القانون رقم، 90-02 المؤرخ في 6 فيفري 1990، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها و ممارسة حق الإضراب، جريدة رسمية عدد 6 ، لسنة 1990، المعدل و المتمم.

الإضراب لكل العمال و الموظفين باستثناء بعض الفئات المهنية لأهمية أو حساسية المناصب التي تشغلها، و يحدّد شروط و إجراءات ممارسته و آثاره، و ضمانات حمايته ضدّ أيّ مساس به يصدر من المستخدم أو غيره كالسلطات العامة... الخ، طالما كانت ممارسته تتم في إطار القانون¹.

ومن مظاهر هذه الحماية استمرار عقد العمل فلا يكمن تسريح العمال بسبب مشاركتهم في إضراب قانوني²، و من دون ثبوت ارتكابهم لأيّ خطأ من الأخطاء الجسيمة المنصوص عليها في القانون 90-02 بمناسبة ممارستهم للإضراب³، كما لا يمكنه تسليط أية عقوبة أقل من التسريح للسبب ذاته⁴، و ذلك نتيجة لكون ممارسة الإضراب أحد الأسباب القانونية لوقف تنفيذ عقد العمل لا إنهائه⁵.

أما عن الوجه الثاني للحماية فيتمثل في منع المساس بحق الإضراب عن طريق استخلاف المضربين، من خلال تعويضهم بعمال آخرين يحلّون محلّهم في تنفيذ

⁴ المادة 32 / 1 من القانون رقم 90-02 تنص: " يحمي القانون حق الإضراب الذي يمارس مع احترام أحكام هذا القانون".

² المادة 2/32 من نفس القانون تنص: " لا يقطع الإضراب الذي شرع فيه حسب هذه الشروط علاقة العمل".

⁶ و حتى في هذه الحالة فإن حماية العامل المضرب من تعسف المستخدم في ممارسته للسلطة التأديبية تقتضي التزامه بالإجراءات التأديبية المتضمنة في النظام الداخلي وفقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما، كما تشترطه المادة 33 مكرر فقرة 2 من نفس القانون رقم 90-02.

⁷ المادة 2/33 من القانون رقم 90-02 تنص: " كما لا يمكن تسليط أية عقوبة على العمال بسبب مشاركتهم في إضراب قانوني شرع فيه وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

⁸ انظر المادة 64 من القانون رقم 90-11، المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، جريدة رسمية عدد 17، لسنة 1990، المعدل و المتمم.

العمل الذي توقفوا عنه بسبب ممارستهم للإضراب ، وذلك بموجب المادة 33
فقرة 1 من قانون 90-02 التي تنص على ما يلي : " يُمنع أي تعيين للعمال
عن طريق التوظيف أو غيره قصد إستخلاف العمال المضربين، ماعدا حالات
التسخير الذي تأمر به السلطات الإدارية أو إذا رفض العمال تنفيذ الإلتزامات
النّاجمة عن ضمان القدر الأدنى من الخدمة المنصوص عليه في المادتين 39
و 40 أدناه "، حيث منع المشرع بموجب هذا النص الإستخلاف المؤقت
للمضربين، و أجاز في مقابل ذلك تدابير أخرى كالحد الأدنى للخدمة و التسخير
الذي تأمر به السلطة الإدارية المختصة، حيث يترتب على رفضهما من طرف
المضربين تكليف الرفض بالخطأ الجسيم.

إنّ الدراسة التحليلية لنصّ المادة 1/33، تهدف إلى تفسير مضمونه وتوضيح
الرؤية بشأن المقصود بمنع الاستخلاف خلال فترة الإضراب؟ والمسائل الأخرى
ذات الصلة التي تضمّنها النصّ و منها: حالة رفض تنفيذ الحدّ الأدنى من
الخدمة أو أمر التسخير ؟ و نطاق المنع من الاستخلاف وطبيعته القانونية؟ و
الآثار التي تترتب على مخالفته؟ ، وذلك في ثلاثة مباحث تقيّدا بمضمون
النّص: منع الاستخلاف عن طريق التوظيف (مبحث أول)، منع الاستخلاف
دون توظيف (مبحث ثاني)، الطبيعة القانونية لمنع الاستخلاف (مبحث ثالث).

المبحث الأول: منع استخلاف المضربين عن طريق التوظيف

التوظيف « Le recrutement » هو مجموع الميكانيزمات المتّبعة لإيجاد مترشح
تتوفر فيه الشروط و الكفاءات المطلوبة لشغل منصب عمل معين في مؤسسة
معينة، و قد يكون التوظيف داخليا يقتصر على الحركة الداخلية للموظفين المنتميين
إلى المؤسسة أو الهيئة، أو خارجيا يتطلب استخدام أفراد لا يعملون بالمؤسسة، و

تتبع فيه إجراءات كالإعلان عن التوظيف، المسابقة، المقابلة...إلخ، إلى غاية التعاقد بإبرام عقد محدد المدة أو عقد عمل مؤقت غير محدد المدة . كما يقصد به عملية شغل المناصب الشاغرة عن طريق تشغيل عمال جدد¹. وبناء على نص المادة 1/33 من القانون رقم 90-02 : " يُمنع أيّ تعيين للعمال عن طريق التوظيف أو غيره قصد استخلاف العمال المضربين..."، يعدّ استخلاف العمال أو الموظفين في فترة الإضراب تصرف غير قانوني؛ سواء كان باللجوء إلى التوظيف عن طريق إبرام عقود عمل محددة المدة (المطلب الأول)، أو غير محددة المدة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عدم مشروعية الإستخلاف عن طريق عقود العمل محددة المدة
يسمح القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل بإبرام عقد العمل محدد المدة بالتوقيت الكامل أو الجزئي؛ في حالات معينة و محدّدة على سبيل الحصر، و منها حالة إستخلاف عامل مثبت تغيب عن منصبه مؤقتاً²، و رغم أن ممارسة الإضراب هي إحدى حالات الغياب المؤقت، التي تؤدي إلى تعليق علاقة العمل مؤقتاً كما نصت عليه المادة 64 من نفس القانون، إلا أن إبرام عقد العمل محدد المدة لإستخلاف عامل في حالة إضراب غير مسموح به قانوناً استناداً إلى نص المادة 12 من القانون 90-11 التي لم تذكر الإضراب من بين الحالات التي يجوز فيها

⁹ و هو يختلف عن التعيين الذي هو إجراء داخلي بسيط يتمثل في النقل أو « L'affectation »
التحويل المؤقت لمستخدم ما داخل الهيئة المستخدمة بغرض تنفيذه لعمل في منصب موجود من قبل حيث يحتفظ بمنصب عمله السابق و بأجره حيث لا يتلقى أجراً أكثر .

² انظر المادة 12 من قانون 90-11، سالف الذكر التي تحدد حالات تعليق عقد العمل مؤقتاً على سبيل الحصر .

إبرام العقد محدد المدة لاستخلاف العامل الذي توقف عقد عمله مؤقتا بسبب الإضراب. وبالرغم من عدم وجود نص يمنع صراحة إبرام العقد محدد المدة للاستخلاف في حالة الإضراب كما ذهب إليه المشرع الفرنسي¹، غير أن صريح نص المادة 1/33 من قانون 90-02 التي تمنع التوظيف بصفة عامة من أجل إستخلاف عامل مضرب، تجعل من عقد العمل محدد المدة أحد أشكال التوظيف الممنوعة.

وانطلاقا من ذات النص يشمل منع إستخلاف المضربين عمال مؤسسات القطاع الإقتصادي، و قطاع التوظيف العمومي على حد سواء².

المطلب الثاني: عدم مشروعية الإنحراف بمنع الإستخلاف عن طريق عقد العمل محدد المدة :

لقد أخضع المشرع الجزائري إبرام عقود العمل محددة المدة للرقابة التي يمارسها مفتش العمل، من أجل التأكد من إحترام الحالات المسموح بها قانونا لإبرامها و عدم

¹L. 1242-6 c . tra stipule : « en aucun cas un contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu pour remplacer un salarié dont le contrat de travail est suspendu par suite d'un conflit collectif du travail »

¹² و مع أنّ مجلس الدولة الفرنسي استقر في قضاءه على مشروعية إبرام العقود محددة المدة أو المؤقتة من أجل استخلاف الموظفين الذين هم في إضراب، إذا كانت ضرورة استمرارية المرفق العمومي تستدعي ذلك ، و إذا كانت حالة الاستعجال و استحالة التوظيف بالكيفيات المعتادة في التوظيف العمومي تفرض ذلك، انظر :

GUYOT Henri, Essai sur le traitement juridique de l' impératif de prévention des conflits collectifs de travail, thèse pour l'obtention de grade de Docteur en droit, université Panthéon –Assas, Paris II ,2008, p 301.

إلا أنه بصدور المرسوم الوزاري المشترك في 10 أوت 2010 تم وضع حدّ لمشروعية استخلاف الموظفين بعقود محددة المدة، في التوظيف العمومي.

تجاوزها إلى حالات أخرى، و مدى صحة و وجود تلك الحالات منعا لتحايل أصحاب العمل في المؤسسات العامة و الخاصة في اللجوء إلى هذا النوع من العقود لسهولة إنهاؤها¹، حيث رتب مسؤولية جزائية في مواجهة كل مستخدم يبرم هذا النوع من العقود خارج الحالات التي حددتها المادة 12 من القانون 90-11².

بناء على ما سبق، من غير القانوني مخالفة المنع من الإستخلاف عن طريق العقود محددة المدة من خلال الإنحراف بمعناه. فقد كان للقضاء الفرنسي فرصة الحكم بعدم مشروعية إبرام العقد محدد المدة في حالات مماثلة منها:

_ حالة إبرام العقد محدد المدة من أجل إحدى الحالات المسموح بها قانونا، ثم إستعماله في إستخلاف عامل مضرب، مثل : القيام بتعيين « L'affectation » عامل موظف بعقد محدد المدة في منصب عامل مضرب، رغم أن السبب في إبرام العقد - و المذكور فيه - هو إستخلاف عامل مريض³.

فقد عارض الفقه في فرنسا الحلّ الذي تبنته محكمة النقض بقرارها الصادر في 17

¹³ تنص المادة 12 مكرر من القانون رقم 90-11: " يتأكد مفتش العمل المختص إقليميا، بحكم الصلاحيات التي يخولها إياه التشريع و التنظيم المعمول بهما، من أن عقد العمل لمدة محدودة ابرم من أجل إحدى الحالات المنصوص عليها صراحة في المادة 12 من هذا القانون، و أن المدة المنصوص عليها في العقد موافقة للنشاط الذي وظيف من أجله العامل".

¹⁴ تنص المادة 146 من القانون 90-11 : " يعاقب على كل مخالفة لأحكام هذا القانون باللجوء إلى عقد العمل ذي المدة المحدودة خارج الحالات و الشروط المنصوص عليها صراحة في المادتين 12 و 12 مكرر من هذا القانون، بغرامة مالية من 1.000 د ج إلى 2.000 مطبقة حسب عدد المخالفات "

³ MEYRAT Isabelle, (Remplacement des grévistes par des salariés sous CDD : une méconnaissance de l'effet utile de l'interdiction édictée par l'article L.122-31 du code du travail), note sous, cass.soc, 17 JUIN 2003, droit ouvr. N° 667,2004, p 91.

جوان 2003¹، على أساس أن غاية المشرع ليست فقط منع إبرام عقد محدد المدة لإستخلاف عامل مضرب، و إنما كذلك منع تحويل عامل مشغل بعقد عمل محدد المدة إلى منصب عامل مضرب، حيث اعتبر هذا القرار تراجعاً عن موقفها السابق الذي يمنع التقييد الإتفاقي لحق الإضراب بموجب قرارها المؤرخ في 7 جوان 1995².

_ حالة إبرام عقود محددة المدة أو عقد عمل مؤقت بهدف استخلاف العمّال غير المضربين الذين قد يتمّ تحويلهم إلى مناصب عمل المضربين³.

المطلب الثالث: عدم مشروعية الإستخلاف بعقد عمل غير محدد المدة

يعتبر عقد العمل غير محدد المدة الأصل في عملية التوظيف بالنظر إلى عقد العمل محدد المدة، حيث تنص المادة 1/11 من قانون 90-02 على ما يلي " يعتبر العقد مبرماً لمدة غير محدودة إلاّ إذا نص على غير ذلك كتابة ". ويشترط لإبرامه توفر أركان العقد المتمثلة في الرضا، المحل، و السبب، وشروط صحته المتمثلة في سلامة الإرادة من العيوب، و مشروعية المحل و السبب¹. لذلك

¹⁶ حيث قامت بموجب هذا القرار بإضعاف مفعول المنع الوارد في نص المادة 6-1242. L ، و ذلك بالقول أن المنع من إستخلاف عامل بعقد محدد المدة يجب أن يقتصر فقط على وقت إبرام العقد دون فترة تنفيذه، و أن يقتصر على البيانات التي تُذكر فيه ، بحيث يجب ألاّ يتضمن العقد البيان المتمثل في أن سبب إبرامه هو إستخلاف عامل مضرب، و إنما يذكر أحد الأسباب المسموح بها قانوناً، و بعد الإبرام لا يكون المستخدم ملزماً - نظراً لما يتمتع به من سلطة الإدارة و التنظيم - بتشغيل العامل في المنصب المذكور في العقد، بل يمكن أن يستخلف به عاملاً في حالة إضراب.

² MEYRAT Isabelle, op.cit, p 91.

³ JONATH Claudia, les droits et devoirs des entreprises en période de grève, In, WWW.HFFINGTONPOST.FR

فإن مشروعية السبب في عقد العمل غير محدد المدة تقتضي ألا يثبت أنّ السبب في إبرامه هو إستخلاف عامل مضرب؛ تأسيسا على المادة 1/33 التي تمنع التوظيف بغرض إستخلاف المضربين، مهما كان الشكل (نوع العقد) المتبع فيه. ومبرر ذلك هو عدم تناسب الاستخلاف الذي هو بطبيعته إجراء مؤقت مع العقد غير محدد المدة ، كما أنّ توظيف عمال بعقود غير محددة المدة ليتم تسريحهم بعد إنتهاء الإضراب هو بمثابة غش نحو القانون². فضلا عن الإشكال المتمثل في السبب الجدي و الحقيقي الذي يتمسك به المستخدم من أجل الفسخ عند انتهاء الإضراب؛ حيث اقترح الفقه أن يتمسك المستخدم إمّا بالتزامه القانوني بإعادة إدماج العامل في منصب عمله نظرا لزوال سبب تعليق عقده و هو الإضراب، وإما التمسك بمعيار العلم أي علم العامل المستخلف بهشاشة علاقته العقدية³.

وخلاصة لما سبق فإن منع التوظيف بغاية إستخلاف المضربين، يجد مبرره المنطقي و القانوني في كون التوظيف يتطلب وجود منصب عمل شاغر ليتم شغله بصفة دائمة، وهو ما يتنافى مع حالة الإضراب لكون غياب العمال عن العمل هو مؤقت بطبيعته هذا من جهة، و من جهة أخرى، لا يقيد القانون حرية الإضراب بمدة معينة يعلمها الأطراف مسبقا، بل تتحكم فيها عدة إعتبارات منها وقت إستجابة المستخدم للمطالب، أو قرار العمال بوضع حدّ للإضراب و العودة للعمل، ما لا

¹⁹ عبد السلام نيب، قانون العمل الجزائري و التحولات الإقتصادية، دار القصبه للنشر، الجزائر، 2003، ص 28.

² RAY Jean-Emmanuel, les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève, LIBRAIRIES, paris, 1985 , p p 165-166.

³ PELISSIER Jean, SUPIOT Alain, JEAMMAUD Antoine, Droit du travail, 21^{ème}éd, DALLOZ, Paris,2002, p 1266.

يسمح بتفعيل أسلوب التوظيف .

المبحث الثاني: منع الاستخلاف دون توظيف

تمنع المادة 1/33 " كل الأشكال الأخرى غير التوظيف "، و هي أشكال لم يحددها المشرع، و إنما أشار إليها بصيغة العموم كما يلي : " يمنع أي تعيين للعمال عن طريق التوظيف أو غيره "، ليشمل المنع كل تدبير قد يلجأ إليه المستخدم في المؤسسات الخاصة أو المرافق العمومية؛ وذلك على خلاف ما ذهب إليه القضاء في فرنسا حيث اعتبر الحفاظ على استمرارية النشاط في المؤسسة الخاصة وتفادي الغلق، مبررا قانونيا لإعادة تنظيم العمل فيها بواسطة لجوء المستخدم إلى تدابير منها: التحويل الداخلي للعمال (المطلب الأول)، أو الاستعانة بعمال من خارج المؤسسة (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: التحويل الداخلي للعمال

التحويل الداخلي للعمال هو تدبير يعتمد على تحويل العمال غير المضربين إلى مناصب عمل المضربين لأداء العمل بدلا عنهم مثل قيام المستخدم بتحويل عمال وحدة أو ورشة إلى الوحدة أو الورشة التي مسّها الإضراب¹، و هو ما عبّر عنه كذلك نص المادة 75 من القانون 90-02 بمصطلح " التعيين " L'affectation « كمايلي : " يعاقب ... كل شخص يمس أو يحاول أن يمس ممارسة حق

²² أحمية سليمان، آليات تسوية منازعات العمل و الضمان الإجتماعي في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 167.

الإضراب في ظل إحترام أحكام هذا القانون ، بتوظيفه عمالا آخرين أو تعيينهم¹.
و يلجأ المستخدم إلى هذا التدبير في إطار ممارسته لسلطته في الإدارة و التنظيم بحيث يقوم بتحويل العمال غير المضربين مؤقتا إلى مناصب عمل العمال المضربين، وقد يكون على شكل تغيير المهام « changement d'affectation » دون تعديل في الأجر و التصنيف المهني ، حيث يقتصر على تحويل غير المضربين إلى مناصب أو أعمال أو ورشات تتطلب مردودية أكثر بسبب الإضراب، لذلك لا يعتبر تعديلا لعقد العمل الذي يربط غير المضربين بالمستخدم، كما قد يكون على شكل تغيير المنصب « changement d'emploi »، فيؤدي إلى تغيير التصنيف المهني، بحيث قد يكون المنصب المقترح أقل درجة من المنصب المتضمن في العقد، مثل قيام أعوان التحكم أو التآطير بأعمال المستخدمين و عمال من درجة أدنى، و لا يؤدي إلى تغيير الأجر إلا في حالات نادرة جدا².

و لا يعتبر القضاء في فرنسا تحويل المنصب تعديل للعقد أو تجديد له، إلا في حالتين؛ حالة استمرار الإضراب و لو إحتفظ العامل المَحْوَل بأجره كاملا، لأن التصنيف المهني عنصر جوهري في العقد. و حالة تغيير مكان العمل، كتكليف غير المضرب بالعمل في فرع آخر، إلا في حالة النص في العقد على خلاف ذلك، أو في حالة وجود عرف مخالف.

و مع ذلك فإن إجراء التحويل قد يكون بدون فائدة في حالة قيام غير المضربين

انظر في إختلاف التعيين عن التوظيف بالمفهوم الوارد في المادة 1/33 ، الصفحة 3 من هذا المقال¹.

² RAY Jean-Emmanuel, op.cit, p p 157 - 158.

بالانضمام إلى الاضراب، من أجل الإفلات من العقوبات المقررة كجزاء لرفض تنفيذ العمل في إطار التحويل، أو في حالة عدم تناسب تكوين العمال غير المضربين مع المناصب المحولين إليها، ما يؤدي إلى الانخفاض التوعوي و الكمي للعمل، إضافة إلى ارتفاع خطر حوادث العمل بسبب عدم خبرة العمال المحولين، أو بسبب تزايد العمل¹.

المطلب الثاني: الإستعانة بعمال من خارج المؤسسة

الإستعانة بعمال من خارج المؤسسة هو تدبير يسمح بالإستعانة بعمال لا ينتمون إلى المؤسسة المعنية بالإضراب، و ذلك بمقابل كعقود المقاوله من الباطن (الفرع الاول)، أو عقود الوضع تحت التصرف (الفرع الثاني)، أو بدون مقابل في إطار العمل التطوعي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: عقد المقاوله من الباطن :

عقد المقاوله من الباطن « contrat de sous-traitance » هو أن توكل مؤسسة أو شركة و تحت مسؤوليتها و بموجب عقد، بتنفيذ كل العقد أو جزء منه إلى شخص من الغير (المقاول من الباطن) لصالح المؤسسة الزبونه، إما لعدم التخصص ، أو لعدم القدرة على تنفيذ الإلتزامات المتعاقد عليها مع المؤسسة الزبونه في ظروف معينة. و ما يستدعي اللجوء إلى المقاوله من الباطن في حالة الإضراب هي غالبا عدم القدرة على التنفيذ لا مسألة التخصص².

و يكون بلجوء المستخدم في المؤسسة التي مسها الإضراب إلى التعاقد مع مؤسسات المقاوله من الباطن من أجل تنفيذ العمل بدلا من العمال المضربين، وهو من وجهة

¹ RAY Jean-Emmanuel, op.cit, p p158- 160.

² Ibid, p p 176-178.

نظر القضاء في فرنسا تصرف مشروع بشرط ألا تلجأ المؤسسة المقاوله من الباطن بدورها إلى التوظيف بعقود محددة مدة من أجل تنفيذ هذه الأعمال، لأن في ذلك خرق للقاعدة التي تمنع إبرام هذه العقود بغرض استخلاف المضرين¹. و يشترط القضاء في فرنسا لمشروعية إستخلاف العمال المضرين عن طريق المقاوله من الباطن أن يثبت المستخدم وجود عقد تقديم الخدمات²، و إثبات إحفاظ المقاول من الباطن بسلطة الإشراف و التوجيه؛ و السلطة التأديبية على عماله (رابطة التبعية)، و كذا إثبات دفعه لأجورهم³.

الفرع الثاني: عقود إعاره اليد العاملة أو عقود الوضع تحت التصرف :

عقد استعارة اليد العاملة أو اللجوء إلى العمال في إطار عقد الوضع تحت التصرف « contrat de mise à disposition » هو أن تعير مؤسسة ما بعض عمالها من أجل مساعدة مؤسسة أخرى مسها الإضراب على مواصلة العمل و لو جزئياً، ولمشروعية هذا التصرف يشترط القضاء في فرنسا على المؤسسة المُعيرة التي تضع عمالها تحت تصرف مؤسسة أخرى أن تثبت إحفاظها برابطة التبعية معهم، و إثبات أن تعويض المؤسسة المستعيرة للأجور واشتراكات الضمان الاجتماعي التي دفعتها المؤسسة المعيرة لا يتجاوز ما صرفته هذه الأخيرة حتى تبقى المعاملة في إطار إعاره و ليس بهدف تحقيق للربح⁴.

الفرع الثالث: اللجوء إلى الأعمال التطوعية :

¹ GUYOT Henri, op.cit, p 307 et 308/

² RAY Jean-Emmanuel, op.cit, p 176 a 178.

³ TEYSSIER Bernard, Droit du travail (Relations collectives), 7^{ème}ed , LITEC, Paris, 2011, p 791.

⁴ GUYOT Henri, op.cit, p 306.

يتمثل العمل التطوعي « Le bénévolat » في تعويض العمّال المضربين عن طريق اللجوء إلى عمال متطوعين، يقومون بتنفيذ العمل بدلا عن المضربين في شكل مساعدة دون مقابل. و يعتبر تصرفا مشروعاً حسب قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 11 جانفي 2000 في قضية شركة « société ENTREMONT » حيث صرحت بأن قبول هذه الشركة قيام منتجي الحليب الطبيعي بنقل الحليب بأنفسهم و جمعه بدلا من سائقي الشركة المضربين لا يعد تصرفا غير مشروع¹.

و لم ير الفقه في اللجوء إلى العمل التطوعي مساسا بحق الإضراب، و لا شكلا ممنوعا من أشكال الاستخلاف²، كما لم ير مانعا من إستعماله في المرافق العمومية ضمانا لإستمرار المرفق العمومي، لا سيما إذا كان المتطوعين يعينهم شخصياً استمرار الخدمات التي يؤديها المرفق الذي مسّه الإضراب³.

غير أن الأستاذ « GUYOT Henri » يرى أنّ العمل التطوعي لا يمكن أن يشكل حلاً يُمكن تعميمه على كل المؤسسات، و من غير المعقول أن تتوفر لها هذه الوسيلة دائما، فإيجاد عمال متطوعين و أكفاء و بالعدد الكافي لتعويض المضربين ليس في متناول كافة المؤسسات و في كل الظروف⁴.

و خلاصة لما سبق فإنّ أشكال الإستخلاف دون توظيف السابق ذكرها، هي

¹, Ibid, p 308.

² RADE Cristophe, « l'entreprise, le bénévole et le gréviste », DALLOZ, n° 17, 2000, p p 369 – 371.

³ مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق الإضراب في القانون المصري و الفرنسي والتشريعات العربية، دار الكتب القانونية، مصر، دون سنة نشر، ص 186.

³⁴ GUYOT Henri, op.cit, p 308.

مشروعة من وجهة نظر القضاء الفرنسي في مجال مؤسسات القطاع الخاص، إذا كانت بغرض حماية المؤسسة و الحفاظ على استمراريتها و تقادي الغلق « Le lock-out » الذي هو تدبير غير مشروع في القانون الفرنسي، حيث لم ير فيها سوى أعمال لسلطة الإدارة و التنظيم التي يتمتع بها المستخدم من أجل إعادة تنظيم العمل في المؤسسة لتقادي أضرار الإضراب أو التخفيف منها على الأقل. بينما لم يحددها المشرع الجزائري في قانون 90-02، و لم يتعرض لها القضاء .

المبحث الثالث : طبيعة المنع من إستخلاف المضربين

إستخلاف المضربين أثناء فترة الإضراب، ممنوع مهما كان شكل و غرض هذا الإستخلاف و مدته¹، و ذلك بناء على المادة 1/33 التي أجازت اللجوء إلى تدابير أثناء فترة الإضراب منها إلزام العمال المعنيين بأداء الحد الأدنى للخدمة أو اللجوء إلى تسخير المضربين، لكنها منعت صراحة اللجوء إلى استخلاف المضربين خلال فترة الإضراب؛ و لو كان ذلك عند رفض العمال المعنيين تنفيذ الحد الأدنى من الخدمة أو التسخير حيث يعتبر الرفض خطأ جسيما يخول للمستخدم في هذه الحالة اللجوء إلى التوظيف من أجل الإستخلاف الدائم للعمال المسرحين . على هذا الأساس فإن منع الإستخلاف المؤقت يعتبر منعا مطلقا لا يرد عليه إستثناء (المطلب الأول)، كما يعتبر من النظام العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول : المنع من الإستخلاف هو منع مطلق

يشمل المنع فضلا عن المستخدم كل شخص غيره كالقاضي الذي لا يجوز له قانونا اتخاذ أي تدبير مؤقت ضد المضربين كالتسخير، أو تعيين أعوان مؤقتين أو

³⁵ أحمية سليمان ، الوجيز في قانون علاقات العمل في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص 380.

توظيفهم بغرض إستخلاف الموظفين أو العمّال المضربين خلال فترة الإضراب، و ذلك في كل الأحوال مهما كانت لأنّ علاقة العمل هي معلقة فقط و ليست منتهية¹، ذلك أنّ غاية المشرع من منع الإستخلاف هو عدم فتح المجال أمام إمكانية التذرع بأية مبررات كاستمرار سير المرافق العمومية الأساسية و الحيوية، أو الحفاظ على النظام العام... الخ، و معنى ذلك عدم مشروعية الإستخلاف بسبب رفض المضربين أداء القدر الأدنى من الخدمة (الفرع الأول)، أو رفضهم تنفيذ أوامر التسخير الإداري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عدم مشروعية الإستخلاف بسبب رفض أداء الحد الأدنى من الخدمة
إنّ عدم تدخل المشرع بإعطاء تعريف تشريعي للقدر الأدنى من الخدمة، في معظم التشريعات عائد إلى إختلاف مضمونه و نطاقه الذي لا يمكن أن يكون واحدا بالنسبة لكل المرافق، لما لها من خصوصيات تميزها عن بعضها البعض². ما جعل الفقه يعرفه بأنه تكليف العون المضرب بتنفيذ كل عمله أو جزء منه مع كونه مضربا، أما مجلس الدولة الفرنسي في قراره 1968/09/18 الذي إعترف بموجبه بدستورية الحد الأدنى من الخدمة، فقد عرّفه بطريقة غير مباشرة بأنه " ليس هو الخدمة العادية في صورتها الكاملة"³.

و هو نفس موقف قضاء المجلس الدستوري، الذي يرفض أن يكون الحد

¹ TAIB Essaid, Droit de la fonction publique, HOUMA, Alger, 2003, p 224.

² FONTAINE Laurence Léa , Le service minimum- les services essentiels approche française et québécoise, thèse pour l' obtention de grade de Docteur en Droit, université de Montréal, 2004, p 253.

³ SUPIOT Alain, « Revisiter les droits d'action collective », Revue de droit social, n° 7/8, 2001, p 695.

الأدنى من الخدمة هو الخدمة العادية، بل يجب ألا يتعدى التنفيذ الجزئي للعمل، أي فقط بالقدر الضروري من النشاط الذي يتطلبه استمرارية المرفق، أو عدم إنقطاع الحاجيات الأساسية في البلاد.¹

ومجال الإلتزام بالحد الأدنى للخدمة هو المرافق العمومية الأساسية و الحيوية التي تقتضي استمرار سير المرفق العمومي بانتظام و اطراد²، أو في غيرها كالمؤسسات العامة و الخاصة غير المسيرة لمرفق عام إذا تعلق بأمن المنشآت والأماكن خلال فترة الإضراب³. و يكون جزاء عدم تنفيذ الحد الأدنى من الخدمة بمثابة خطأ جسيم يخول للمستخدم تسريح العمال المعنيين به⁴. و يُخَوَّل في هذه الحالة للمستخدم اللجوء إلى التوظيف من أجل الإستخلاف النهائي للعامل في منصب عمله⁵. يتضح أنّ لفظ الإستثناء "ما عدا" الوارد في نصّ المادة 1/33، يتعلق بالإستخلاف النهائي لعامل بعد ثبوت ارتكابه للخطأ الجسيم المتمثل في عدم تنفيذ الحد الأدنى للخدمة، كما لا يعتبر استمرار سير المرفق العمومي بانتظام واضطراد مبررا للإستخلاف خلال فترة الإضراب.

¹ DEVAUX Eric, La grève dans les services publics – tome I-, PUF, Paris, 1993, p p 278 - 281.

² انظر المادة 38 من القانون رقم 90-02، سالف الذكر.

³ انظر المادة 31 من نفس القانون.

⁴² انظر المادة 40 من القانون 90-02 التي تنص " يعد رفض العامل المعني القيام بالقدر الأدنى من الخدمة المفروض عليه خطأ مهنا جسيما ".

⁴³ ثوابتي إيمان ريمة سرور _ مرزوقي وسيلة، " حق الموظف العمومي في اللجوء إلى الإضراب في الجزائر بين التقييد والتحرير"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 1، 2012، ص 290.

و بذلك يكون المشرع الجزائري في منعه الإستخلاف مهما كان مبرره قد اتخذ موقفا أشد صرامة مما ذهب إليه منظمة العمل الدولية التي منعت التوظيف لتعويض العمال المضربين، و لكن أجازته في حدود ضيقة جدا لا يمكن أن تتجاوز حالة ضمان استمرارية المرافق العمومية الأساسية بالمعنى الضيق للكلمة؛ أي تلك التي قد يصل الامر إلى حدّ منع الإضراب فيها. أو إذا كان الإضراب سيؤدي إلى حدوث أزمة إقتصادية حادة . حيث جاء تصريح لجنة الحرية النقابية كما يلي :

« il n'est admissible de recruter des travailleurs pour remplacer les grévistes que dans les services essentiels au sens stricte du terme, ou la grève pourrait être interdite, ou si la grève devait créer une situation de crise nationale aigue¹

الفرع الثاني : عدم مشروعية الإستخلاف بسبب رفض تنفيذ أمر التسخير

التسخير في معناه العام والواسع هو تدبير تلجأ إليه الحكومة والسلطات المحلية بهدف توفير الحاجيات الأساسية للبلاد سواء لأغراض عسكرية، أو لأغراض مدنية، من خلال إجبار الأفراد على تقديم ما يحوزونه أو يملكونه من أموال منقولة أو عقارية قصد استعمالها، أو استهلاكها، أو تملكها، أو من خلال إجبارهم على تقديم خدمات فرادى أو جماعات، مقابل تعويض عادل².

فالتسخير تدبير مؤقت، موجه في الأصل ليس لعمال المؤسسات العامة أو

الخاصة أو إلى الموظفين، وإنما هو موجه إلى المواطنين الذين تتطلبهم خدمة

¹ GERNIGON Bernard, ODERO Alberto, GUIDO Horacio, Les principes de l'oit sur le droit de grève, revue internationale du travail, 2000, p 47.

² محمد البديوي، الإضراب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، الرباط،

1975، ص 85.

الأمة، عندما تقتضيه المصلحة العليا فالتسخير إذا يستلزم استئناف أو مواصلة العمال والموظفين المعنيين به لعملهم، حيث لا يُعدّ مجرد حضورهم بمكان العمل كافيا، ويؤدي عدم إلتزامهم بذلك إلى المتابعة التأديبية والجزائية¹.
و كذلك هو إجراء استثنائي لأنه يعد مساسا بحريات وحقوق أساسية كحق الملكية، و مساس بحق الإضراب و حرية العمل لأنه يتضمن إلزام العمال بعمل أقل ما يقال عنه أنه عمل جبري، وهذا ما يفسر ندرة اللجوء إليه إلا في الحالات الاستثنائية².
إن التسخير هو تصرف قانوني يصدر عن السلطة الإدارية المختصة³ لاسباب قانونية و في حالات معينة تبرر مشروعية إستعماله⁴، و منها حالة الإضراب إذا كان استجابة لضرورة أمنية أو اقتصادية أو إجتماعية في بعض القطاعات أو بعض الظروف، التي لا تسمح بتوقف نشاط أو عمل المؤسسات أو المرافق المعنية، و لتفادي أضرار مؤكدة قد تصيب أمن البلاد أو تمويل المواطنين بالسلع والخدمات الضرورية، حيث لا يشكل في هذه الحالات - في نظر بعض الفقه

¹ FONTAINE Laurence léa , op.cit, pp 129-131.

² RENNES Pascal, grève et réquisition, le collectif fédéral, DLAJ, p 2 .

⁴⁸ وتتمثل في الوالي أو كل سلطة أخرى مؤهلة قانونا كما تنص عليه المادة 680 من القانون رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78 لسنة 1975. انظر كذلك في الأساس القانوني لإختصاص الوالي بالتسخير المواد 116 و 119 من القانون رقم 12-07، المؤرخ في 21 فيفري 2012، المتعلق بالولاية، جريدة رسمية عدد 12 لسنة 2012.
⁴⁹ و من هذه الحالات ما نصت عليه المادة 2/679 من القانون المدني التي تنص : " إلا أنه يمكن في الحالات الإستثنائية والإستعجالية وضمانا لاستمرارية المرفق العمومي، الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الإستيلاء ."

- مساسا بحق الإضراب¹.

و قد ورد النص على اللجوء إلى تدبير التسخير في المادة 41 من القانون 90-02 كما يلي: " عملا بالتشريع الساري المفعول، يمكن أن يؤمر بتسخير العمال المضربين الذين يشغلون، في الهيئات أو الإدارات العمومية أو المؤسسات، مناصب عمل ضرورية لازمة للأشخاص و المنشآت و الاملاك، لضمان استمرار المصالح العمومية الاساسية في توفير الحاجيات الحيوية للبلاد أو الذين يمارسون أنشطة لازمة لتمويل السكان ".

و يُعدّ رفض تنفيذ أمر التسخير خطأ مهنيا جسيما يُبرّر تسريح العمال المعنيين به، فضلا عن العقوبات الجزائية المنصوص عليها في القانون الجزائري²، غير أنه لا يبرر اللجوء إلى التعويض المؤقت للعمال المضربين مهما كان شكله.

المطلب الثاني: منع الإستخلاف هو منع من النظام العام

إن صياغة المادة 1/33 التي تمنع تعيين أو توظيف عمال آخرين بقصد إستخلاف المضربين تجعل من مضمونها قاعدة أمرة لا يجوز الإتفاق على خلافها. بحيث ينتج عن ذلك بطلان التصرفات القانونية من عقود عمل و بنود اتفاقية مخالفة لهذا المنع (الفرع الأول)، و كذا ترتيب المسؤولية الجزائية للمستخدم الذي يخالف هذا المنع لما يشكله ذلك من مساس بحق العمال في الإضراب (الفرع الثاني).

الفرع الاول : بطلان التصرفات القانونية المخالفة للطبيعة الأمرة لنص المادة

1/33

¹ أحمية سليمان، آليات تسوية منازعات العمل... المرجع السابق، ص 168.

² انظر المادة 42 من القانون 90-02، سالف الذكر.

إستخلاف المضربين خلال فترة الإضراب يمنعه القانون مهما كان شكله و غرضه و مدته، و يعتبر أي تصرف من من هذا القبيل يقوم به المستخدم مساسا بحق الإضراب و يقع تحت طائلة البطلان¹. و يشمل هذا البطلان عقود العمل الفردية (أولا)، و كذا البنود التي قد تتضمنها الإتفاقيات الجماعية (ثانيا). **أولا : بطلان عقود العمل الفردية** : تقع عقود العمل مهما كانت طبيعتها (محددة أو غير محددة المدة) تحت طائلة البطلان إذا ثبت أن سبب إبرامها من طرف المستخدم هو تعويض العمال المضربين في مناصب عملهم خلال فترة الإضراب، ذلك أن المادة 1/33 سالفه الذكر تمنع كل أشكال التوظيف هذا من جهة، و من جهة أخرى يمنع القانون رقم 90-11 صراحة إبرام عقود العمل محدد المدة لإستخلاف عامل مثبت تغيب عن منصب عمله بسبب ممارسته لحق الإضراب².

فضلا عن ذلك يعتبر الإضراب عن العمل إحدى الحالات القانونية لتعليق علاقة العمل³، بحيث يؤدي إلى وقف تنفيذ الإلتزامات التعاقدية المتبادلة التي يتضمنها عقد العمل ولا يؤدي إلى إنهائه⁴ إلا في حالة الخطأ الجسيم المنسوب للعامل⁵، ما يلزم المستخدم بالإحتفاظ بمنصب العمل للعامل المضرب إلى غاية انتهاء الإضراب

⁵² أحمية سليمان، قانون علاقات العمل الجماعية في التشريع الجزائري المقارن (القانون الإتفاقي)، د. م . ج ، الجزائر، 2012، ص 409.

² انظر المادة 12 من القانون 90-11 سالف الذكر .

³ انظر المادة 64 من القانون رقم 90-11.

⁴ انظر المادة 32 من القانون رقم 90-02.

⁵⁶ جاء القانون 90-02 بالعديد من الأخطاء الجسيمة التي ترتكب بمناسبة الإضراب و منها مخالفة الشروط القانونية ، عرقلة حرية العمل ، رفض تنفيذ أمر التسخير ، رفض تنفيذ الإلتزام بالقدر الأدنى للخدمة، احتلال اماكن العمل... الخ.

واستئناف العمل¹، ويكون سبب إنهاء العقود المبرمة من أجل إستخلاف المضربين هو البطلان لمخالفة القانون².

ثانياً: بطلان البنود الإتفاقية والإتفاقات الجماعية³: إنَّ الأصل في طبيعة القواعد المتعلقة بتنظيم علاقات العمل أنها من النظام العام، و كل مخالفة لها تعدّ باطلة وعديمة الأثر، وذلك لكونها تهدف إلى تكريس حماية الطرف الضعيف اقتصاديا في علاقة العمل، غير أنها تبقى حماية في شكل قدر أدنى، بحيث تبقى الحماية الحقيقية هي تلك التي تكون أفضل للعمال من الحماية القانونية، ما يسمح بمخالفة القواعد التشريعية والتنظيمية إذا كانت أكثر نفعاً للعمال، حيث لا يراعى التدرج الهرمي للقواعد في هذه الحالة، وهو ما يميّز به النظام العام الاجتماعي⁴.

على هذا الأساس تقع الإتفاقات الجماعية والبنود التي تتضمنها الإتفاقيات الجماعية تحت طائلة البطلان إذا كانت تجيز للمستخدم اتخاذ تدابير لاستخلاف العمال

¹ انظر المادة 65 من القانون 90-11 سالف الذكر.

⁵⁸ انظر المادة 66 من نفس القانون التي تجعل من البطلان أحد الحالات القانونية التي ينتهي بها عقد العمل.

و المادة 135 من نفس القانون التي تنص : " تكون باطلة و عديمة الأثر كل علاقة عمل غير مطابقة لأحكام التشريع المعمول به.

غير أنه لا يمكن أن يؤدي بطلان عقد العمل إلى ضياع الاجر المستحق عن عمل تم آداؤه . "

⁵⁹ يكمن الفرق بين الإتفاقية الجماعية و الإتفاق الجماعي حسب المادة 114 من القانون 90-11

المتعلق بعلاقات العمل في كون الاتفاقية تتضمن مجموع شروط التشغيل و العمل التي تخص فئة مهنية أو عدة فئات بينما يقتصر مضمون الإتفاق الجماعي على عنصر واحد فقط أو عناصر محددة من مجموع شروط العمل و التشغيل ، و يمكن بذلك أن يشكل ملحقاً بالإتفاقية .

⁶⁰ بلميهور عبد الناصر، حفظ المزايا الفردية المكتسبة للعامل، المجلة النقدية للقانون و العلوم

السياسية، عدد 1، 2015، ص 279.

المضربين خلال فترة الإضراب خلافا للقاعدة الأمرة التي تتضمنها المادة 1/33 التي تمنع الاستخلاف بشكل مطلق دون أن تورد عليه أيّ استثناء لصالح الاتفاق أو العرف.

فضلا عن ذلك يعتبر الاتفاق على جواز الاستخلاف تقييدا إتفاقيا لحق الإضراب الذي لم يعط الدستور اختصاص تنظيمه و تقييده و منعه إلى أية جهة غير المشرع¹، كما يمكن تأسيس البطلان في هذه الحالة على تجاوز النظام العام الاجتماعي المطلق من خلال المساس أو الانتقاص من الامتيازات والحقوق العمالية المعترف بها بموجب القوانين و النصوص التنظيمية وفقا لأحكام المادتين 136 و 137 من القانون رقم 90 -11 المتعلق بعلاقات العمل، حيث يعتبر ذلك بمثابة قيد على الدور التكميلي للاتفاقيات الجماعية²، لذلك يخول القانون لمفتش العمل عند معاينته مخالفة الاتفاقات أو الاتفاقيات الجماعية للتشريع و التنظيم المعمول بهما صلاحية عرض الأمر على القضاء³، من أجل الحكم بالبطلان.

الفرع الثاني : المسؤولية الجزائية في حالة مخالفة المنع من الاستخلاف

لم يكلف المشرع بمنع الاستخلاف بل فرض عقوبات ذات طابع جزائي على المستخدم و كل شخص يقوم بتوظيف أو تعيين عمال ليحلّوا محل العمال المضربين خلال فترة الإضراب، على أساس جريمة المساس بحق الإضراب، و ذلك بموجب المادة 1/57 من القانون رقم 90-02، في القسم السادس المتعلق بالأحكام الجزائية : " يعاقب بالحبس من ثمانية أيام إلى شهرين و بغرامة مالية تتراوح ما بين

⁶¹ انظر المادة 71 من القانون رقم 16-01، سالف الذكر.

⁶² أحمية سليمان، قانون علاقات العمل الجماعية في التشريع الجزائري...، المرجع السابق، ص110.

⁶³ انظر المادة 134 من القانون 90-02، سالف الذكر.

500 دج و 2.000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل شخص يمس أو يحاول أن يمس ممارسة حق الإضراب في ظل احترام أحكام هذا القانون بتوظيفه عمالا آخرين أو تعيينهم."

كما يجدر التنويه بالمسؤولية الجزائية للمستخدم في المادة 146 من القانون 90-11 والتمثلة في غرامات مالية بين 1000 و2000 د ج ترتفع بارتفاع عدد المخالفات عند إبرام عقود عمل محددة المدة خارج الحالات المسموح بها قانونا و المحددة حصرا في المادة 12 من نفس القانون.

مع ذلك لا تعتبر العقوبات الجزائية المقررة في نص المادة 57 و 146 رادعة بالنظر إلى رمزية الغرامة، و بالتالي ليست كافية لتحقيق الحماية اللازمة لحق دستوري لا يقل أهمية عن غيره من الحقوق الأساسية للعمال بما يحققه لهم من مزايا اقتصادية واجتماعية ومادية .

يتّضح أنّ غاية المشرع من إقامة المسؤولية الجزائية في حالة تعويض العمال والموظفين الذين هم في إضراب بعمال أو موظفين آخرين هي حماية حق الإضراب من أي مساس به، وذلك من خلال حماية منصب العمل. وكذلك حتى لا يكون تكريس هذا الحق بنصوص قانونية هو فقط تماشيا مع الإلتزامات الدولية في هذا المجال، هذا من جهة، و من جهة أخرى يهدف إلى عدم إضعاف فعالية الإضراب كوسيلة ضغط يُمارسها العمال و الموظفون ضدّ المستخدم. حيث أنّ السماح بذلك يؤدي إلى إفراغ حق الإضراب من جوهره و غايته المتمثلة في تلبية المطالب المهنية موضوع الخلاف مع المستخدم.

الخاتمة : يمكن من التحليل المختصر لأحكام المادة 1/33 التي كرست منع

الاستخلاف المضربين خلال فترة الإضراب يمكن استخلاص بعض النتائج

والملاحظات ، وكذا تقديم بعض الاقتراحات:

_ يلاحظ منع المشرع للاستخلاف المؤقت للمضربين بعمال آخرين سواء كان عن طريق التوظيف أو التعيين أو عن طريق تدابير أخرى، وذلك في المؤسسات الإقتصادية أو الهيئات الإدارية دون تمييز.

غير أنها أجازت في مقابل ذلك اللجوء إلى تدابير مؤقتة كالحد الأدنى من الخدمة من أجل ضمان استمرار المرافق العمومية الأساسية و الحيوية، والتسخير الإداري من أجل الحفاظ على النظام العام، أو تأمين تموين المواطنين بالسلع و الخدمات الضرورية ... الخ .

- كما أنّ المنع من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافه لكون النص ذو طبيعة أمرة و يتعلق بحماية حق دستوري. وهو كذلك منع مطلق بحيث لم يرد في ذات النص أو في نص آخر أي استثناء على قاعدة المنع؛ سواء فيما يخص مدة الإضراب، أو نطاقه، أو الوسيلة المتبعة فيه، أو مبرره كاستمرار النشاط في المؤسسة و عدم توقفها كلياً. أو استمرار المرفق العام و لو بالقدر الأدنى من الخدمة، ومهما كان قطاع النشاط الذي يمسه حيث تسري قاعدة المنع هذه و لو تعلق الأمر بمرافق أساسية وحيوية .

نستج كذلك أن غايات المشرع من منع الاستخلاف في حالة الإضراب عديدة ومنها:

_ حماية حق الإضراب كحق دستوري من أي مساس به، حتى لا يكون تنظيمه بنصوص تشريعية لمجرد التماشي مع الإلتزامات الدولية أو مع الإعتراف به بنص الدستور.

_ الحفاظ على فعالية الإضراب الذي يتعارض تماما مع فكرة الإستخلاف لأنه يفرغه من محتواه و يبطل مفعوله كوسيلة ضغط و إكراه يمارسها العمال ضد المستخدم الذي يرفض الإستجابة للمطالب المهنية المشروعة و المتعلقة بتحسين شروط و ظروف العمل .

_ تكريس مبدأ منع التقييد الإتفاقي لحق الإضراب بموجب اتفاقيات جماعية أو عقود، أو بموجب الإرادة المنفردة للمستخدم في القطاع الخاص، أو بموجب تدابير إدارية تحت غطاء تحقيق المصلحة العامة أو الحفاظ على النظام العام أو أية مبررات مهما كان نوعها، من أجل تكسير الإضراب .

_ عدم الخروج على قاعدة أن الإضراب سبب لتعيق عقود العمل لا إنهاؤها، إلا في حالة ارتكاب المضربين للأخطاء الجسيمة التي يحددها القانون.

_ فضلا عما سبق، اللجوء إلى الاستخلاف ليس بالأمر السهل من الناحية العملية، نظرا لصعوبة تفعيل آلياته كالتوظيف، المقابلة من الباطن... الخ، والتي تتطلب إجراءات قانونية قد تطول أو تقصر، كما لا يمكن في جميع الأحوال؛ توفير عنصر الكم والكيف في العمال أو الموظفين المستخلفين، هذا زيادة على الأخطار المهنية التي قد تنتج عن شغل المستخلفين لمناصب تستدعي نوع من التخصص أو الخبرة أو الكفاءة، إضافة إلى الالتزامات والمسؤوليات التي قد تُخلفها عملية الاستخلاف في مواجهة العمال أو في مواجهة الغير .

_ و إذا فرضنا القول بجواز الاستخلاف المؤقت في حالة الإضراب فإن ذلك لا يكون في كل الإضرابات و إنما فقط في تلك التي تؤدي إلى شلل كلي للنشاط في المؤسسة أو قطاع النشاط واستمراره لفترة طويلة، فلا يمكن استعمالها إذا كان الإضراب جزئيا أو لفترة قصيرة أو على فترات متقطعة .

وبناء على ما سبق نقترح تدخل المشرع بتعديل النص بما يتوافق مع الغاية من سنّه، وذلك في النقاط التالية :

_ إعادة صياغة النص بعبارات أكثر وضوحاً، لتفادي اللبس؛ لا سيما بوجود لفظ " ما عدا " الذي يفهم منه الاستثناء على قاعدة المنع، بحيث يتم الفصل بين الفكرتين في نصين مستقلين : نص يمنع الاستخلاف المؤقت ، و نص آخر يجيز التسخير الإداري و الحد الأدنى من الخدمة و يجيز الاستخلاف الدائم في مناصب العمل الشاغرة عند رفضهما من العمال المعنيين.

- كما نقترح إدراج نص يجيز الاستخلاف المؤقت استثناءً في المرافق الأساسية و الحيوية التي يشكل الانقطاع الكلي للنشاط فيها خطراً على حياة أو أمن أو صحة المواطنين ، أو على النظام العام في البلاد أو الاقتصاد الوطني. على غرار ما ذهبت إليه منظمة العمل الدولية. أو في بعض الظروف الأمنية والاجتماعية والاقتصادية الاستثنائية، بحيث يكون المبرر القانوني هو تسبيق المصلحة العامة و المصالح العليا للبلاد، بشرط ألا يكون بواسطة التوظيف تماشياً الطبيعة المؤقتة لحق الإضراب و حفاظاً على مناصب العمل.